دكتور عبد الحميد محمود البعلي

استاذ الفقه المقارن
جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية
ومستشار الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية

الملكية وضوابطها في الإسلام

دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
تليفون ٩٣٧٤٧٠

الطبعـــة الأولى

ربيع الثانى ١٤٠٥ هـ ـ يناير ١٩٨٥م

دار التوفيق النموذجية
للطباعة والجمع الآلى
الأزهر / ٣ حمضان الموصلى بجوار جامع الدعاء

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديم

ان محاولة احياء التراث ونشره بصورة صحيحة ومبسطة ، ليكون فى متناول المخاطبين بأحكام التشريع الاسلامى والعاملين على معرفة أحكامه والتفقه فيه ، يجب أن يكون هدفا وغاية يحرص عليها كل غيور على هذا الدين ، وبخاصة بعد أن اتسعت الهوة وأبعد الفقه الاسلامى عن التطبيق فى معاملات الناس فى كثير من البلدان الاسلامية وحلت محله الأنظمة الأرضية البشرية ، التى جلبت على الديار الاسلامية كل خراب وتدمير ، وما زال المسلمون ينوؤون بحملها فى المدارس والمعاهد والجامعات ودور العلم .

ولـما كان الحرص على تنقيـة معاملات المســلمين من الحرام وشبهاته — وبخاصة فى مجال « الاقتصاد الاسلامى » هدفا أصيلا حرص الشارع الحكيم على تأكيده ..

ولـما كانت مكتبة « الاقتصـاد الاسلامى » فى طور الانشـاء والتكوين .. فانه من دواعى السعادة أن نقدم كتاب « **الملكية وضوابطها فى الاسلام** » ..

ومادة الضوابط الفقهية مادة مستحدثة ، لا تكاد تدرس فى الكثير من الجامعات ، ولكنها مفيدة أيما فائدة ، اذ أنها تقدم للقارىء والباحث فى موضوع واحد أحكامه المتناثرة ، فى فروعه المختلفة والمتعددة ، على نحو ميسر ودقيق ، دون اسهاب أو تفصيل ، خلافا للقواعد الفقهية ، التى تتسع لأكثر من موضوع من موضوعات الفقه الاسلامى ، والتى حاز الفقهاء المسلمون فيها فضل السبق على غيرهم ، وأخرجوا لنا فيها العديد من المؤلفات ، مثل كتاب قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام والقواعد

لابن حجر والقواعد لابن رجب والقواعد للكرخى والقواعد لابن الساعاتى وغيرهم من الفقهاء رحمهم الله •

ولمـا كانت الملكية فى الفقه الاسلامى من الموضوعات ذات الأهمية الخاصة ، فعليها تدور الكثير من المعاملات ، ويسرى الكثير من الأحكام المترتبة عليها فى غيرها من المسائل والموضوعات ، وقد عرضناها من وجهة جديدة شاملة ومنضبطة ، تساعد القارىء والباحث على الالمـام بأحكامها فى يسر وسهولة ، لذلك رأى مركز البحوث بالمعهد نشرها لأهميتهـا ولمـا تعرضه من مادة جديدة ولتعم فائدتها •• نفعنا الله بها •

والكاتب هو الأستاذ الدكتور عبد الحميد محمود البعلى الأستاذ بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، والذى عمل مستشارا للاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية ، ومن العاملين المخلصين المطالبين بعـودة المسلمين الى شريعتهم الغراء •

والكتاب الذى بين أيدينا يدل على غزارة علم الكاتب وسعة الأفق والاطـلاع •

فنرجو من الله سبحانه أن يكون هـذا الكتاب كمـا يرجوه كل المصلحين من أبناء الأمة الاسلامية •

د• أحمد النجار

الأمين العام للاتحاد الدولى للبنوك
الاســلامية

* * *

الإستخلاف كمدخل لمنهج الفكر الإقتصادي وملكية وسائل الإنتاج في الإسلام

- الاستخلاف والملكية :
- الملك :
- الخالق والخلق .
- مصادر الثروة التى خلقها الله .
- التسخير .
- الملك .. نسب الله الملك الى نفسه والى من خلق .
- الاستخلاف :
  - استخلف الله الانسان .
  - خلق الأشياء المادية بأسبق من خلق الانسان .
  - الهدف من الاستخلاف .
- الاستخلاف كمدخل للنظرية الاقتصادية فى الاسلام .

الاستخلاف والملكية : الملك

كلمة مثلثة الميم تقرأ بالضم والفتح والكسر ولكن متى تقرأ هكذا ؟

أولا : الخالق والخلق

● **لقد نسب الله الخلق الى نفسه وأنكره على غيره :**

١ — نسبه الى نفسه فقال تعالى :

« ألا له الخلق والأمر ، تبارك الله رب العالمين » ٠
(الأعراف : ٥٤)

« قل الله خالق كل شيء وهو الواحد القهار » ٠ (الرعد : ١٦)

« ذلكم الله ربكم ، لا اله الا هو ، خالق كل شيء فاعبدوه » ٠
(الأنعام : ١٠٢)

« الله خالق كل شيء ، وهو على كل شيء وكيل » (الزمر : ٦٢)

« ذلكم الله ربكم خالق كل شيء لا اله الا هو » (غافر : ٦٢)

« هو الله الخالق البارىء المصور » ٠ (الحشر : ٢٤)

٢ — أنكره على غيره فقال تعالى :

« أم خلقوا من غير شيء أم هم الخالقون » ٠ (الطور : ٣٥)

« أفرأيتم ما تمنون ٠ أأنتم تخلقونه أم نحن الخالقون » ٠
(الواقعة : ٥٨ ، ٥٩)

« هذا خلق الله فأروني ماذا خلق الذين من دونه » ٠
(لقمـــان : ١١)

« أم جعلوا لله شركاء خلقوا كخلقه فتشابه الخلق عليهم » ٠
(الرعد : ١٦)

« فاستفتهم أهم أشد خلقا أم من خلقنا ، انا خلقناهم من طين لازب » • (الصافات : ١١)

« أأنتم أشد خلقا أم السماء ، بناها » • (النازعات : ٢٧)

« هل من خالق غير الله » • (فاطر : ٣)

« ان الذين تدعون من دون الله لن يخلقوا ذبابا ولو اجتمعوا له » • (الحـــج : ٧٣)

« والذين يدعون من دون الله لا يخلقون شيئا وهم يخلقون » • (النحـــل : ٢٠)

« واتخذوا من دونه آلهة لا يخلقون شيئا وهم يخلقون » • (الفرقان : ٣)

* * *

ثانيا : مصادر الثروة التى خلقها الله

قال الله تعالى :

« هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » • (البقرة : ٢٩)

« وهو الذى خلق السموات والأرض بالحق » • (الأنعام : ٧٣)

« ان فى اختلاف الليل والنهار وما خلق الله فى السموات والأرض لآيات لقوم يتقـــون » • (يونس : ٦)

« وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما الا بالحق » • (الحجر : ٨٥)

« وما خلقنا السماء والأرض وما بينهما لاعبين » • (الأنبياء : ١٦)

« لنحيى به بلدة ميتا ونسقيه مما خلقنا أنعاما وأناسى كثيرا » • (الفرقان : ٤٩)

« وخلقنا لهم من مثله ما يركبون » • (يس : ٤٢)

« أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاما فهم لها مالكون » • (يس : ٧١)

« والأنعام خلقها ، لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون » .

(النحل : ٥)

« والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ، ويخلق مالا تعلمون » .

(النحـــل : ٨)

« قل سيروا فى الأرض فانظروا كيف بدأ الخلق » .

(العنكبوت : ٢٠)

« ومن آياته خلق السموات والأرض وما بث فيهما من دابة » .

(الشـــورى : ٢٩)

فالآيات الكريمـــات تدلنا على أن الله ســبحانه خلق الســموات والأرض ، وما بينهما وما فيهن ، وما بث فيهما من دابة ، وخلق الأنعام وأفردها بالذكر هى والدواب ، وجعل منها المنافع ، كالدفء والمـــأكل والركوب ، أى ما يمكن تسميته بالثروة الحيوانية ووسائل الانتقال ، لقوله تعالى : **« وخلقنا لهم من مثله ما يركبون »** وكل ذلك من مصادر الثروة المهيئة والمعدة لاستخدام الانسان ومنفعته ، اما على الاباحة الأصلية أو بطريق الحيازة والاختصاص .

* * *

ثالثا : التســخير

- **لقد سخر الله للانسان أشياء كثيرة مما خلق فقال تعالى :**

« هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » . (البقرة : ٢٩)

« ألم تروا أن الله سخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض » .

(لقمـــان : ٢٠)

« وسخر لكم الشمس والقمر دائبين » . (ابراهيم : ٣٣)

« وسخر لكم الليل والنهار » . (ابراهيم : ٣٣)

« وسخر لكم الليل والنهار والشمس والقمر » . (النحل : ١٢)

« وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا » .

(النحل : ١٤)

« الله الذى سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه بأمره » .

(الجاثية : ١٢)

« والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير ، فاذكروا أسم الله عليها صواف » ... « كذلك سخرناها لكم لعلكم تشكرون » .
(الحج : ٣٦)

« والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون » .
(البقرة : ١٦٤)

« والشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره » (الأعراف : ٥٤)

« ألم يروا الى الطير مسخرات فى جو السماء ما يمسكهن الا الله » .
(النحل : ٧٩)

« وسخر لكم الأنهار » . (ابراهيم : ٣٢)

« وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعا منه » .
(الجاثية : ١٣)

« وسخرنا مع داوود الجبال يسبحن والطير » . (الأنبياء : ٧٩)

« فسخرنا له الريح تجرى بأمره رخاء حيث أصاب » .
(سورة ص : ٣٦)

فالآيات الكريمات تدلنا على أن الله سبحانه وتعالى خلق السموات والأرض وسخر للانسان ما فى الأرض جميعا ، وما فى السموات ، والشمس ، والقمر ، والنجوم والليل ، والنهار ، والبحر ، والأنهار ، والطـــير :

(أ) كل ذلك يدل على أنه يجب على الانسان بعد ذلك أن يعمـل ويكد ويكدح بعد أن هيأ الله له كل هذه المصادر والوسائل ، وهنا تبرز بوضوح شديد الأهمية الكبرى للعمل كأساس للانتاج ، ومن ثم تحديد قيمة المنتج والسعر أيضا ، فلابد من الأعمال الانسانية فى كل مكسوب .

(ب) ثم ضرب الله سبحانه وتعالى الأمثال بنماذج من العمـل والضرب والسعى ، فقال تعالى : **« وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا »** .

وقال : **« الله الذى سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه بأمره »** .

وقال : **« والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير »** .

ولعل فى تخصيص هذه الأمثال بالذكر من حكمة بالغة ، فالآيات الأولى تدل على العمل المباشر فيما سخره الله للانسان من بحار وأنهار وما فى الأرض ، والآيات الثانية فى (ب) تدل على العمل فيما هو معد فعلا « للاشباع » لما فيها اعداد سابق لقوله تعالى : **« لتأكلوا منه لحما طريا »** .

وضرب الرسول الكريم ﷺ نموذجا عمليا حينما جاءه من يسأله الصدقة فنظر اليه فوجده جلدا فسأله ﷺ ماذا عندك ؟ .. فقال : عندنا قدر نشرب منه وحلس نجلس عليه . فقال له ﷺ : اذهب وائتنى بهما ، ففعل الرجل فقال الرسول ﷺ : من يشترى هذه ؟ .. فقال أحد الجالسين: أنا يا رسول الله بدرهمين . فقال ﷺ : من يزد ؟ .. فقال رجل آخر : أنا يا رسول الله بأربعة دراهم ، فأخذها الرسول ﷺ وأعطى الرجل درهمين : لنفقة أهله وقال له : اذهب واشتر بالدرهمين الآخرين قدوما واحتطب وبع ، ولا تأتينى الا بعد خمسة عشر يوما ، ففعل الرجل وعاد الى الرسول ﷺ ومعه خمسة عشر درهما .

ففى هذه القصة التى تمثل موقفا من صاحب الشرع الشريف تحققت فيها عملية انتاجية شرعية كاملة توفرت فيها كل عوامل الانتاج وأدواته من (عمل — مال — منظم) .

***

رابعا : الملك

- **نسب الله الملك الى نفسه والى من خلق :**

١ — نسب الله الملك الى نفسه فقال تعالى :

« ألم تعلم أن الله له ملك السموات والأرض » .

(البقرة : ١٠٧ ، المائدة : ٤٠)

« قل اللهم مالك الملك » . (آل عمران : ٢٦)

« ولله ملك السموات والأرض ، والله على كل شىء قدير » .

(آل عمران : ١٨٩)

« ولله ملك السموات والأرض وما بينهما » . (المـائدة : ١٨)
« لله ملك السموات والأرض وما فيهن » . (المـائدة : ١٢٠)
« الرحمن على العرش استوى . له ما فى السموات وما فى الأرض وما بينهما وما تحت الثرى » . (طـه : ٥ ، ٦)

٢ — نسب الله الملك الى من خلق فقال تعالى :

« قل اللهم مالك الملك تؤتى الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء » .
(آل عمران : ٢٦)
« قال يا آدم هل أدلك على شجرة الخلد وملك لا يبلى » .
(طـه ١٢٠)
« أم لهم نصيب من الملك فاذن لا يؤتون الناس نقيرا » .
(النساء : ٥٣)
« فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما » .
(النساء : ٥٤)
« والله يؤتى ملكه من يشاء ، والله واسع عليم » (البقرة : ٢٤٧)
« أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاما فهم لهم مالكون ».
(يس : ٧١)

ومن الآيات السابقة نستدل على أن الملك — بالضم — ينسب الى الله سبحانه وقد نسبه أيضا الى الانسان ، كما أن الانسان حين يكتسب هذا الملك ، أو يحوز شيئا مما خلقه الله وسخره له تصبح يده عليه يد ملك وقبل ذلك فهو فى ملك الله سبحانه وتعالى ، فلا بد للانسان من اتيان سبب من أسباب الملك كى تتحول يده الى يد مالك ويدخل حيازته الملك .

* * *

خامسا : الاستخلاف

١ — لقد استخلف الله الانسان على ما خلقه وسخره له فقال تعالى :
« وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم فى الأرض كما استخلف الذين من قبلهم » . (النور : ٥٥)

« وهو الذى جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فى ما آتاكم » .
(الأنعام : ١٦٥)

« ثم جعلناكم خلائف فى الأرض من بعدهم لننظر كيف تعملون » .
(يونس : ١٤)

« وهو الذى جعلكم خلائف فى الأرض ، فمن كفر فعليه كفره » .
(فاطر : ٣٩)

« وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » . (الحديد : ٧)

« وقال موسى لأخيه هارون اخلفنى فى قومى وأصلح » .
(الأعراف : ١٤٢)

« الذى أحسن كل شىء خلقه ، وبدأ خلق الانسان من طين » .
(السجدة : ٧)

« وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » . (النور : ٣٣)

« وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتى أحدكم الموت » .
(المنافقون : ١٠)

* * *

٢ — لقد كان خلق الأشياء المادية أسبق من خلق الانسان ، يدل على ذلك قول الله تعالى :

« واذ قال ربك للملائكة انى جاعل فى الأرض خليفة » .
(البقرة : ٣٠)

« يا داوود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » .
(سورة ص : ٢٦)

« هو الذى خلقكم من طين ثم قضى أجلا » . (الأنعام : ٢)

« ولقد خلقنا الانسان من سلالة من طين » . (المؤمنون : ١٢)

« وهو الذى جعلكم خلائف الأرض » . (الأنعام : ١٦٥)

« أمن يجيب المضطر اذا دعاه ويكشف السوء ويجعلكم خلفاء الأرض » .
(النمل : ٦٢)

« ان ربكم الله الذى خلق السموات والأرض فى ستة أيام » .
(الاعراف : ٥٤ ، يونس : ٣)

« لخلق السموات والأرض أكبر من خلق النـاس ولكن أكثـر الناس لا يعلمون » .
(غافر : ٥٧)

وتأسيسا على ذلك وانطلاقا منه يكون الاستخلاف واردا على تلك الأشياء التى سخرها الله للانسان ووجب عليه أن يباشر فيها حق الملك بكل ما يؤدى اليه من استعمال واستغلال وتصرف حتى لا يتعطل المـال عن أن يؤدى دوره فى اقامة حياة الناس وحتى لا يتقاعس الناس عن تحصيل منافعهم وتحقيق مصالحهم فى الحياة فالمـال عصب الحياة .

* * *

٣ — الهدف من الاستخلاف :

أناط الله بالانسان عمارة الأرض فقال تعالى :

« الذى خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا » .
(الملك : ٢)

« هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها » . (هود : ٦١)

لقد ثبت لنا مما تقدم من آيات قرآنية ما يمكن استخلاصه منهـا وهو أن :

- الله سبحانه وتعالى خالق كل شىء .
- سخر الله للانسان مما خلق أشياء ذكرناها .
- ضرب الله للناس الأمثال فى العمل والانتاج فيما ذكرنا .
- حدد المقصود والمراد والهدف من كل ذلك وهو ليبلونا أينا أحسن عملا فى عمارة **الأرض** .

وفى **كل ذلك** تحديد لماهية **الاستخلاف** ووسائله ونطاقه .

(أ) مضمون الاستخلاف :

نتدرج بالمعانى مع الآيات القرآنية التى سبق ذكرها ، فنقول وبالله التوفيق : ان معنى تسخير الله سبحانه لأشياء مما خلق للانسان لتكون محلا لملكه ، أو ملكيته ، تقرير « لحق » ، حق الانسان فى أن يملك أو يتملك شيئا مما خلقه الله ، وسـخره له ، وجعله صـالحا لتملك الانسـان .

وهذا يقتضى القاء الضوء على معنى الحق ...

فالحق فى اللغة هو الأمر الثابت الموجود ، ومن هذا المعنى للحـق تعددت تعريفات الفقهاء للحق باختلاف نظرهم اليـه • والحـق عند الأصوليين : هو متعلق خطاب الشارع ، وليس نفس خطاب الشارع ، أى أثر خطاب الله ، واذا كان الله سبحانه قد سخر من الأشياء التى خلقها أشياء للانسان ، فان ثبوت حق الانسان فى تملك شىء مما سخره الله ، انما كان هو متعلق أو أثر ذلك الخطاب من الله سبحانه وتعالى ،

وعلى هذا النحو يكون المعنى الجامع للحق هو :

ما ثبت باقرار الشارع ووفقا لقواعده وأحكامه ، فالحق ما استحقه الانسان على وجه يقره الشرع ، ويحميه ، ويمكنه منه •

واذا ما تقرر الحق للانسان كأثر لخطاب الله بالتسخير ، فان علاقة الانسان بالشىء المسخر له أو المقرر له عليه حق ، يثبت وتقوم اذا ما استعمل الانسان وسائل الحصول على هذا الحق ، أو أتى الأسباب المكسبة لهذا الحق ، وهنا يتحول الحق من حالة تقرير الى حالة حركـة تثبت بمقتضاها علاقة شرعية تخول صاحبها سلطة أو تكليفا شرعيا •

فالله سبحانه وتعالى وقد أضاف الملك الى نفسه والى الانسان ، وأنعم على الناس بتقرير الحق الشرعى لهم فى الاستئثار والانتفـاع والاستثمار وشرع لهم بمقتضى ذلك الحق ، السلطة والقدرة والمكنة التى تيسر للناس كل ذلك ، كان ذلك منه استخلافا لهم على هذه الأشـياء لتقوم بهم ولهم عمارة الأرض • ومن هنا كان الملك خلافة أو استخلافا ، وكان للانسان بتقرير هذا الحق واستعماله نوع ملك على سبيل الحقيقة الظاهرة ، يتلقى فيه تنفيذ الأحكام الشرعية ، من أوامر ونواهى ، مثـل قوله تعالى :

« وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » • (الحديد : ٧)

وقوله تعـالى : **« وآتوهم من مال الله الذى آتاكم »** • (النور : ٣٣)

وقوله تـعـالى : **« ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعـل الله لكم قياما »** • (النساء : ٥)

وقوله تعـــالى : « **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** » .

(البقرة : ١٨٨)

وقوله تعالى : «**والذين فى أموالهم حق معلوم . للسائل والمحروم**».

(المعارج : ٢٤ ، ٢٥)

وقوله تعـــالى : « **وان تؤمنوا وتتقوا يؤتكم أجوركم ولا يسألكم أموالكم . ان يسألكموها فيحفكم تبخلوا ويخرج أضغانكم** » .

(محمد : ٣٦ ، ٣٧)

ويقول الرسول الكريم ﷺ : « ألا ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم ، كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا حتى تلقوا ربكم ليسألكم عن أعمالكم ، ألا فليبغ أدناكم أقصاكم » .

أعمالكم ، ألا فليبغ أدناكم أقصاكم » .

ومن هذا يتبين أن الاستخلاف ليس الا اعتبارا شرعيا ، يوجد حيث تقضى الشريعة بوجوده ، وينتفى حيث تنفيه الشريعة ، أى فى نطاق أحكامه وأوامره ونواهيه .

(ب) وســـائله :

ويمكننا أن نخلص مما سبق الى نتيجة هامة هى :

١ — ان عناصر وعوامل الانتاج فى ضوء ما سبق ثلاثة :

(١) العمل : باعتباره حلقة الاتصال بين الملك وما خلقه الله وسخره للانســـان .

(٢) المـــال المحاز أو المحرز : باعتبار أنه ليس كل الأشياء المسخرة صالحة لحيازة الانسان .

(٣) التقوى : باعتبار أنها تتسع لتشمل العنصرين الآخرين وفـــق منهج الاستخلاف .

وعنصر التقوى عنصر معنوى بطبيعته ، يقاس بنتائجه المـــادية كما أن هناك أسباب مادية تؤدى الى نتائج معنوية وأخـــروية كالعـــاربة والصدقات ، كل ذلك مع الأخذ فى الاعتبار الايمان بالغيب وأن الحيـــاة الآخرة فى المنهج الاسلامى خير من الأولى وأنها الحياة الباقية وأن التربية الوجدانية الداخلية من أهم ما يعنى به الاسلام لهذا ولغيره .

التقوى من عوامل الانتاج :

فلقد وضح الربط بين التقوى كأساس عقدى وبين الانتاج كمظهر مادى فى آيات كثيرة منها قوله تعالى :

« وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقا لكم » .
(البقرة : ٢٢)

« وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » .
(البقرة : ١٦٤)

« كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا ، قال يا مريم أنى لك هذا ، قالت هو من عند الله ، ان الله يرزق من يشاء بغير حساب » .
(آل عمران : ٣٧)

« ان الله فالق الحب والنوى » . (الأنعام : ٩٥)

« وهو الذى أنزل من السماء ماء فأخرجنا به نبات كل شىء » .
(الأنعام : ٩٩)

« والبلد الطيب يخرج نباته باذن ربه ، والذى خبث لا يخرج الا نكدا » . (الأعراف : ٥٨)

« ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض » . (الأعراف : ٩٦)

« ان الذين يتلون كتاب الله وأقاموا الصلاة وأنفقوا مما رزقناهم سرا وعلانية يرجون تجارة لن تبور » . (فاطر : ٢٩)

« واضرب لهم مثلا رجلين جعلنا لأحدهما جنتين من أعناب وحففناهما بنخل وجعلنا بينهما زرعا . كلتا الجنتين آتت أكلها ولم تظلم منــه شيئا ، وفجرنا خلالهما نهرا . وكان له ثمر فقال لصاحبه وهو يحاوره أنا أكثر منك مالا وأعز نفرا . ودخل جنته وهو ظالم لنفسه قال ما أظن أن تبيد هذه أبدا . وما أظن الساعة قائمة ولئن رددت الى ربى لأجدن خيرا منها منقلبا . قال له صاحبه وهو يحاوره أكفرت بالذى خلقك من تراب ثم من نطفة ثم سواك رجلا . لكنا هو الله ربى ولا أشرك بربى أحدا . ولولا اذ دخلت جنتك قلت ما شاء الله لا قوة الا بالله ، أن ترن

انا أقل منك مالا وولدا • فعسى ربى أن يؤتين خيرا من جنتك ويرسل عليها حسبانا من السماء فتصبح صعيدا زلقا • أو يصبح ماؤها غورا فلن تستطيع له طلبا • وأحيط بثمره فأصبح يقلب كفيه على ما أنفق فيها وهى خاوية على عروشها ويقول ياليتنى لم أشرك بربى أحدا » •
(الكهف : ٣٢ — ٤٢)

« ومن أعرض عن ذكرى فان له معيشة ضنكا » • (طه : ١٢٤)

« وترى الأرض هامدة فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من كل زوج بهيج » • (الحج : ٥)

« ولئن سألتهم من نزل من السماء ماء فأحيا به الأرض من بعد موتها ليقولن الله » • (العنكبوت : ٦٣)

« يوم لا ينفع مال ولا بنون • الا من أتى الله بقلب سليم » •
(الشعراء : ٨٨ ، ٨٩)

« وضرب الله مثلا قرية كانت آمنة مطمئنة يأتيها رزقها رغدا من كل مكان فكفرت بأنعم الله فأذاقها الله لباس الجوع والخوف بما كانوا يصنعون » (النحل : ١١٢)

« أفرأيتم ما تحرثون • أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون » •
(الواقعة : ٦٣ ، ٦٤)

« يعلم ما يلج فى الأرض وما يخرج منها » • (سبأ : ٢)

« أفرأيتم الماء الذى تشربون • أأنتم أنزلتموه من المزن أم نحن المنزلون » • (الواقعة ٦٨ ، ٦٩)

« لايلاف قريش • ايلافهم رحلة الشتاء والصيف • فليعبدوا رب هذا البيت • الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف » (سورة قريش)

* * *

٢ — الحياة فى المنهج الاسلامى حياتان : الحياة الدنيا والحياة الآخرة ، والآخرة خير ، وأفضل ، وأبقى ، من الأولى بل هى الرجاء والمرجوة ولقد وصف الله الآخرة بقوله تعالى :

« والآخرة خير وأبقى » • (الأعلى : ١٧)

« وللآخرة خير لك من الأولى » • (الضحى : ٤)

« وللآخرة أكبر درجات وأكبر تفضيلا » . (الاسراء : ٢١)

« والدار الآخرة خير للذين يتقون ، أفلا تعقلون » .
(الأعراف : ١٦٩)

« اعبدوا الله وارجوا اليوم الآخر ولا تعثوا فى الأرض مفسدين » .
(العنكبوت : ٣٦)

أما الحياة الأولى (الدنيا) فلقد وصفها الله بأوصاف يفهم منها أن كل ما اشتملت عليه مذموم فقال تعالى :

« وما الحياة الدنيا الا لعب ولهـو ، وللدار الآخرة خير للذين يتقـون » . (الأنعام : ٣٢)

« والدار الآخرة خير للذين يتقون ، أفلا تعقلون » .
(الأعراف : ١٦٩)

« تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » . (الأنفال : ٦٧)

« أرضيتم بالحياة الدنيا من الآخرة » . (التوبة : ٣٨)

« وفرحوا بالحياة الدنيا وما الحياة الدنيا فى الآخرة الا متاع » .
(الرعد : ٢٦)

« الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة » . (ابراهيم : ٣)

« أعبدوا الله وارجوا اليوم الآخر ولا تعثوا فى الأرض مفسدين » .
(العنكبوت : ٣٦)

« وما هذه الحياة الدنيا الا لهو ولعب ، وان الدار الآخرة لهى الحيوان ، لو كانوا يعلمون » . (العنكبوت : ٦٤)

« انما الحياة الدنيا لعب ولهو وزينة وتفاخر بينكم » .
(الحديد : ٢٠)

« وما الحياة الدنيا الا متاع الغرور » . (آل عمران : ١٨٥)

وبين سبحانه وتعالى زينة الحياة الدنيا ومتاعها فقال تعالى :

« زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث ، ذلك متاع الحياة الدنيا ، والله عنده حسن المـآب » . (آل عمران : ١٤)

« المال والبنون زينة الحياة الدنيا ، والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا » • (الكهف : ٤٦)

كما بين سبحانه وتعالى أنها زائلة فقال تعالى :

« انما مثل الحياة الدنيا كماء أنزلناه من السماء فاختلط به نبات الأرض مما يأكل الناس والأنعام حتى اذا أخذت الأرض زخرفها وازينت وظن أهلها أنهم قادرون عليها أتاها أمرنا ليلا أو نهارا فجعلناها حصيدا كأن لم تغن بالأمس » • (يونس : ٢٤)

« واضرب لهم مثل الحياة الدنيا كماء أنزلناه من السماء فاختلط به نبات الأرض فأصبح هشيما تذروه الرياح ، وكان الله على كل شيء مقتدرا » • (الكهف : ٤٥)

« انما هـذه الحياة الدنيا متاع » • (غافر : ٣٩)

عن ابن مسعود قال : قال الرسول ﷺ : « مالي وللدنيا ؟ ما أنا في الدنيا الا كراكب استظل تحت شـجرة ثم راح وتركها » •

(أخرجه الترمذى وصححه)

الى جانب ما تقدم من وصف وبيان للدنيا يدل على ذمها والالتفات عنها وجد فيها من آيات الله ما يقتضى مدحها والالتفات اليها •

ففيها ما يدل على وحدانية الله وصفاته العلا • يقول الله تعالى :

« أفلم ينظروا الى السـماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها ومالها من فروج » • (سورة ق : ٦)

وقوله تعالى : **« أمن جعل الأرض قرارا وجعل خلالها أنهارا »** •

(النمل : ٦١)

« قل لمن الأرض ومن فيها ان كنتم تعلمون • سيقولون لله » •

(المؤمنون : ٨٤ ، ٨٥)

« ان فى خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار لآيات لأولى الألباب • الذين يذكرون الله قياما وقعودا وعلى جنوبهم » •

(آل عمران : ١٩٠ ، ١٩١)

وفيها — الدنيا — من النعيم ما امتن الله به على عباده فقال تعالى :

« الله الذى خلق السموات والأرض وأنزل من السماء ماءاً فأخرج به من الثمرات رزقاً لكم ، وسخر لكم الفلك لتجرى فى البحر بأمره ، وسخر لكم الأنهار • وسخر لكم الشمس والقمر دائبين ، وسخر لكم الليل والنهـــار • وآتاكم من كل ما سألتموه ، وان تعدوا نعمـــة الله لا تحصوها ، ان الانسان لظلوم كفار » • (ابراهيم : ٣٢ — ٣٤)

وقال تعالى : **« والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً »** • (النحل : ٧٢)

ولذلك قال تعالى : **« كلوا من رزق ربكم واشكروا له ، بلدة طيبة ورب غفور »** • (سبأ : ١٥)

وقال : **« ولتبتغوا من فضله »** • (النحل : ١٤)

وكما قال الامام الشاطبى[١] : فعد طلب الدنيا فضلا كما عد حب الايمان وبغض الكفر فضلا فأنزل الله الأحكام وشرع الحلال والحرام تخليصا لهـــذه النعم التى خلقها لنا من شوائب الكوارث الدنيويات والأخرويات •

ويزيد الأمر وضوحا فيقول :

فالنظر الى الدنيا باعتبارها عيشا ومقتنصا للذات ومآلا للشهوات انتظاما فى سلك البهائم فهذا لعب وباطل لأن صاحب هـــذا النظر لم ينل منها الا مأكولا ومشروبا وملبوسا ومنكوحا ومركوبا من غير زائد ثم يزول عما قريب ومن هـــذا نظر الكفار الذين لم يبصروا منها الا ما قال تعالى من أنها لعب ولهو وزينة وغير ذلك مما وصفها به ولذلك صارت أعمالهم **« كسراب بقيعة يحســـبه الظمآن ماء حتى اذا جاءه لم يجده شـــيئا »** • (النور : ٣٩)

ومن نظر الى الدنيا نظر العاقل وجد كل نعمة فيها يجب شكرها فالنعم طالبة للعبد أن ينالها فيشكر الله بها وعليها ومن هنا كانت الدنيا جد وحق يقول الله تعالى :

« أفحسبتم أنما خلقناكم عبثا » • (المؤمنون : ١١٥)

« وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما لاعبين • وما خلقناهما الا بالحق » • (الدخان : ٣٨ ، ٣٩)

---

(١) الموافقات ج ٤ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ بتصرف •

ولأجل هـــذا كانت أعمال أهل هـــذا النظر معتبرة شرعا يقـــول الله تعالى : « **من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهـــو مؤمن فلنحيينه حياة طيبـــة** » . (النحل : ٩٧)

فالأخذ للدنيا رغبة فيها وحبا فى العاجلة وتركها والزهد فيها من حيث يحب طلب ما فيها من نعم الله وشكره بها وعليها كل أولئك مذموم بل يســـمى سفها وكسلا وتبذيراً ومن هنا وجب الحجر على صاحب هـــده الحالة شرعا[٢] .

* * *

٣ — الغنى والفقـــر :

ليس الفقر أفضل من الغنى باطلاق ولا الغنى أفضل باطلاق بل الأمر فى ذلك يتفصل ، فان الغنى اذا أمال الى ايثار العاجلة كان بالنسبة الى صاحبه مذموما وكان الفقر أفضل منه وان أمال الى ايثار الآجلة بانفاقه فى وجهه والاستعانة به على التزود للمعاد فهو أفضل من الفقر .

* * *

● الاستخلاف كمدخل للنظرية الاقتصادية فى الاسلام :

اتضح لنا من العرض السابق أن الاستخلاف متعلق بالحكم الشرعى المتمثل فى خطاب الله تعالى بتسخير الأشياء التى خلقها وجعلها معدة وصالحة لأن يباشر الانسان فيها حق الملك بأحد أسباب كسب الملكية التى قررها الشرع وهو ما ينفرد به نظام الملكية فى الاسلام عن غيره من نظم الملكية الأخرى فى المناهج الاقتصادية الوضعية ، وما ترتب على ذلك من أنواع وأقســـام للملكية تختلف عما هو قائم فى النظريات الاقتصادية الرأسمالية أو الاشـــتراكية والشيوعية بما تحدثه هـــذه الأنواع من انعكاسات أيجابية وفعالة فى عملية الانتاج فى المجتمع .

وعلى هـــذا المنحى فان الملك فى الاسلام يعتبر من أهم مقومات النظام الاقتصادى مما يستوجب بسط موضوع الملكية على نحو يضبط جزئياته ويكشف عن حقيقة مزاياه وتميزه عن غيره فى خضم هذا التصارع العنيف ، بين « الأيدولوجيات » والنظريات الاقتصادية المعاصرة فى شرق العالم وغربه وهو ما سنتناوله فى الفصول التالية .

---

(٢) انظر الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ٣١٠ بتصرف .

الفصل الأول

تعريف الملك وبيان أسبابه ووسائله

- تعريف الملك ٠
- أسباب الملك ووسائله ٠



المبحث الأول

تعـــريف الملك

● **الملك فى اللغة**[1] : احتواء الشىء والقدرة على الاســـتبداد به والتصرف بانفـــراد[2] .

● **الملك فى اصطلاح الفقهاء :** علمنا فيما سبق أن ما حيز من الأشياء كان مملوكا وما لم يحز كان مباحا غير مملوك ، ولأن أســـاس الملك الاختصاص والمنع والتعامل وهذه الحيازة وهذا الاختصاص هو ما عبر عنه بالملك .

● **وفى تعريف الملك اختلف نظر الفقهاء على النحو التالى :**

١ — فمنهم من عرفه بأنه الاختصاص الحاجز . ومعنى ذلك أن ملك الشىء هو الاختصاص به المـــانع لغير مالكه من الانتفاع به أو التصرف فيه الا عن طريقه وبسببه كتوكيل منه مثلا . أو عن طريق الشارع باقامته نائبا عنه ومن ثم كان لمالكه القـــدرة التى يمنع بها غيره من التصرف والانتفاع الا عن طريقه .

٢ — ومنهم من عرفه بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى لمالكية من يضاف اليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنـــه[3] .

---

(١) الملك مثلث الميم أى يجوز فيه الفتح والكسر والضم . ولكن يستعمل مكسور الميم ومفتوحها فى تلك الاشـــياء ومضمومها فى الولاية العامة — أى السلطة العامة للسلطان — فيقال : ملكت الشىء ملكا — بكسر الميم — وملكت على الناس أمرهم (بضم الميم) .

والوصف الأول مالك وجمعه ملاك (بضم الميم وتشديد اللام مثل كافر وكفـــار وكاتب وكتاب) . والوصف الثـــانى ملك (بضم الميم وبكسر اللام أو تسكينها) وجمعه ملوك وأملاك — كتاب المصباح المنير .

(٢) لسان العرب .

(٣) الفروق : جـ ٣ الفرق ١٨٠ ، ص ٢٠٨ ، ٢٢١ .

٣ — ومنهم من عرفه بأنه تمكن الانســـان شرعا بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عنها[٤] .

٤ — وعرفه الكمال بن الهمام : بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتــداء الا لمـــانع[٥] .

وأساس هـــذه النظرة ما يراه الفقهاء من أن الحقوق كلها ومنها حق الملك وحقوق شرعية أثبتها الشرع لأربابها ولا يترتب عليها من الآثار أو الأحكام الا ما رتبه الشارع عليها وفى وصف الملك بهذه الصفات « صفة شرعية » ، « حكم شرعى » ، « قدرة شرعية » ما يجعله صالحا ومهيئا لأن يقيد بما تقتضى الأحكام والدلائل الشرعية من القيود لأنه اذا كان منحة أو حقا مصدره الشارع كان اليه تحديده وتوجيهه الوجهة التى قصد اليها الشارع ، وقد جاء فى التعريفين الثانى والثالث النص على العين والمنفعة دون ذكر الحقوق وبذلك لم يتناولا جميع الحقوق اذ من الحقوق ما يعد من المنافع فيتناوله التعريفان ومنها ما لا يعد من منافع الأعيان كحق الحضانة وحق الضم وحق الولاية وهـــذا ما لا يتناوله التعريفان لأن المنفعة التى جاء ذكرها فيهما هى ما يطلب من الأعيان . وهـــذا النوع من الحقوق لا يعد من منافع الأعيان كما لا يعد منفعة لصاحبه بل هو الى الواجب عليه والتكليف له أقرب منه الى المنفعة وعليه لا يكون هـــذا النوع من الحقوق مما يقبل الملك بالمعنى الذى جاء فى التعريفين المذكورين .. فى حين أن الملك قد عرف بما يتناول الحقوق جميعها دون تفرقة بين حق وآخر فى تعريف المقدسى اذ يتناول كل حق اختص به صاحبه اختصاصا حاجزا ..

---

(٤) تهذيب الفروق ج ٣ — ص ٢٣٢ الفرق ١٨٠ .

أما قولنا : حكم شرعى لأنه يتبع الأسباب الشرعية وأما أنه مقدر فلأنه يرجع الى تعلق اذن الشرع لأنه يقدر فى العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المفيدة للملك وفى العين أو المنفعة فان الأعيان تملك كالبيع والمنافع كالايجارات يقتضى انتفاعه بالمملوك . يخرج التصرف بالوصية والوكالة وتصرف القاضى فى أموال الغائبين والمجانين فان هذه الطوائف لهم التصرف . بغير ملك — والعوض عنه يخـــرج الاباحات فى الضيافات فان هـــذه الأمور لا مكنة فيها مع المكنة الشرعية من التصرف فى هذه الأمور .

(٥) القدسى فى الحاوى .

ويلاحـــــظ : أنه قد نص فى التعريفين الثانى والثالث على الانتفاع والمعاوضة فقط ، ونص فى التعريف الرابع على التصرف فقط ولم ينص فيه على الانتفاع أى القدرة على التصرف التى تثبت للانسان ثبوتا مبتدأ أصليا غير مستمدة من أحد الا لمـــانع يمنع من ثبوتها كالجنون • ولكن هل يلزم لثبوت الملك وتحققه الانتفاع والتصرف أم يكفى ثبوت أحدهما كأن يثبت الانتفاع فقط كما فى بعض الحقوق مثل حق تمتع الزوج بزوجته وحق الشفعة وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز التصرف فيه ؟

والظاهر من تعريف الفقهاء للملك أنه يكفى فى ثبوت الملك تحقق أحدها على أن ثبوت التصرف يستلزم ثبوت الانتفاع • فكل ما يجوز فيه التصرف محل للانتفاع ولذلك يكفى فى ثبوت الملك أن ينص عليـــه وحده كما فعل الكمال بن الهمام أما ثبوت الانتفاع فلا يلزم من ثبوته ثبوت التصرف •

ونخلص من التعريفات الســـابقة للملك أن المقدسى يجعل كل اختصاص مانع ملكا سواء أكان معه قدرة على التصرف أم لا وهو بهذا يعم الأعيان والمنافع والحقوق اذا ما ثبت فيها هـــذا الاختصاص وتعريف الكمال بن الهمام يخرج منه جميع الحقوق التى لا يرى لصاحبها قدرة على التصرف فيها ويقصره على ما يجوز فيه التصرف فى حين أن من الحقوق ما يختص بصاحبه وليس لصاحبه أن يتصرف فيه ويعد الفقهاء فى جانبه بأنه مملوك له مراعاة لذلك الاختصاص ولمـــا فيه من القدرة على الانتفاع وذلك كحق الشفعة وحق الخيار •

وتعريف الملك بالتعريفين الثانى والثالث يقتضى أنه لا بد فى ثبوت الملك من ثبوت الانتفاع والتمكن من المعاوضة أى التصرف وعلى ذلك لا يتناول بعض الحقوق مثل حق استمتاع الزوج وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز المعاوضة عنه وعلى ذلك يكون تعريف المقدسى أعم وأشمل •

ويعرفه البعض[٦] اعتمادا على التعاريف السابقة بأنه : الاختصاص

---

(٦) محمد أبو زهرة ص ٧١ .

بالأشـــياء الحاجز للغير عنها شرعا الذى به تكون القدرة على التصرف فى الأشـــياء ابتداء الا لمـــانع يتعلق بأهلية الشخص ، ومن نظر الى الملك على أنه علاقة بين المالك والمملوك عرفه بأنه اتصال شرعى بين الانســـان وبين شىء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير ، وقيد شرعى يخرج أية علاقة أو اتصال غير شرعى بين الانســـان والشىء كعلاقة الســـارق بالمسروق والغاصب بالمغصوب وغيرها مما حـــرمه الاســـلام[٧] .

* * *

● **الملك من الثمار الأولى للاستخلاف :**

اختلف الفقهاء فى تعريف الملك باختلاف نظرهم اليه ، فمنهم من نظر الى واقع الملك ومنشئه ومنهم من نظر اليه على أنه حكم شرعى رتب عليه الشارع آثارا ونتائج ومنهم من نظـــر اليه على أنه علاقة بين المـــالك والمملوك .

والأموال بطبيعتها قابلة للملك بطبيعته وذاته وخاصته لأنه الثمرة الأولى لاعتبار الأشياء أموالا والنتيجة الطبيعية للاحراز والاحراز ان طرأ على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المـــانع لغير المحرز من الانتفاع غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع فتصير بذلك التخصيص غير قابلة للملك فى كل الأحوال أو فى بعض الأحوال وتشمل ما يأتى :

(أ) الأموال المخصصة للمنفعة العامة كالطرقات العامة أو القناطر والجسور والاستحكامات والمرافق وغيرها من المحلات المعدة لحفظ الحدود والثغور فهذه الأموال لا تقبل التمليك ما دامت مخصصة لمنفعة عامة فان زالت عنها تلك الصفة عادت الى حالتها الأصلية وهى قابليتها للملك[٨] .

---

(٧) الملكية فى الشريعة الاسلامية — عبد السلام العبادى — القسم الاول ص ١٤٤ — ١٤٩ .

(٨) المادتين ٩ ، ١٠ من مرشد الحيران .

(ب) أموال تقبل التمليك فى بعض الأحوال وذلك عند وجود مبرر شرعى من ضرورة ملجئة للتمليك أو حاجة ماسة واقعة اليه أو مصلحة راجحة مثل العقارات الموقوفة وأموال بيت المـــال[٩] • كما أن ما لا يتناوله اسم المـــال من الأعيان لا يصلح أن يكون محلا للملك كالميتة والخمر بالنسبة الى المسلمين • وكذا كل ما لا ينطبق عليه تعريف المـــال كالشمس والقمر والنجوم ونحوها وكذلك كل ما حرم الشارع تملكه والانتفاع به فهناك من المنافع ما حرمه الشارع كمنفعة الغناء ومنفعة آلات الطرب كالعود والمزمار ومنافع آلات اللهو كالنرد ونحوه وكذلك منافع كل ما حرم الشارع عينه كالخمر والميتة لقول الله تعالى : **« قل لا أجد فى ما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس »** • (الأنعام : ١٤٥)

وانما يتناول النهى لمن تملك منافع آلات اللهو فى اللهو بها ما كان منفعة مقصودة منهـــا أما ما ليس مقصودا منهـــا كتملك هـــذه الآلات لاحراقها فلا يتناوله النهى ولا التحريم • فهذا النوع من المنافع المحرمة لا يصلح أن يكون محلا للملك فى نظر من ذهب الى تحريمه من الفقهاء •

* * *

● **نطـــاق الملك :**

أما مدى ما يمتد اليه الملك فى نظر الفقهاء اذا ما تعلق بما يملك فانه حين يتعلق بالأعيان يمتد الى منافعها وثمراتها ونتاجها وجميع ما يتولد منها سواء منها المنقول أو العقار ــ ففى الحيوان يمتد الى جميع أجزائه والى نتاجه ومنافعه ــ وفى العقار ــ يمتد الى علوه وسفله[١٠] ومنافعه

---

(٩) راجع المادتين ٧ ، ٨ من مرشد الحيران •

(١٠) الفروق للقرافى جـ ٤ ص ١٥ وتهذيب الفروق على هامشه جـ ٤ ص ٤٠ • ولكن تعريف الفقهاء للملك بأنه ما أمكن حيازته والانتفاع به أو بأنه الاختصاص الحاجز يشير الى أن كلا من العلو أو السفل المملوكين لصاحب الأرض محـــددا بامكان الانتفاع بهما والقدرة على المنفعة الحاجزة وان كان الفقهاء لم يصرحوا بذلك عند بيانهم لمـــا لصاحب الأرض علوها وسفلها • يراجع الشيخ على الخفيف الملكية فى الشريعة الاسلامية ص ٤٨ ط١٩٦٦

وكان له بناء على ذلك أن يمنع جاره من أن ينتفع بجوها الذى يعلوها أو بأن تمتد فروع أشجاره المغروسة فى أرضه الى ذلك العلو وكذلك له أن يمنعه من الانتفاع بسفلها بأى طريق أراد واذا ما حوت الأرض كنوزا[١١] أو معادن[١٢] فانها لا تكون ملكا لصاحب الأرض لأنها ليست منها ولا متولدة عنها وانما تكون ملكا لصاحبها الذى أودعها فيها .

أما المعادن وهى الفلزات توجد فى الأرض بحسب الطبيعة كالذهب والنحاس والحديد والماس والبترول فقد اختلف الفقهـاء فى حكمها لمن تكون .

فيرى البعض — ونرى معهم — ومنهم المالكية فى أشـهر أقوالهم « أن ليس شـيئا من ذلك يعد مملوكا لمن يتملك أرضه التى تحويه اذ ليس لمثل ذلك تملك الأرض وتطلب عادة وانما يعد ملكا للمسلمين وليس ثمرة للأرض ولا يتولد منها فكان للامام أمر هـذه المعادن يستغلها لصالح المسـلمين » .

وقد ذهب كثير من الفقهاء الى استثناء الكلأ الذى ينبت فى الأرض من غير صنع مالكها فذهبوا الى أنه يكون مباحا كما استثنوا المـاء ينبع منها لعموم قول الرسول ﷺ : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلأ ، والنار »[١٣] فليس يملك شيئا من ذلك الا باحرازه وتملكه باحرازه محل اجماع وأن مما يمتد اليه الملك أيضا ما يعد متحدا مع العقار سواء أكان

---

(١١) الكنز اسم لمـا يوجد فى باطن الأرض مما أودعه الانسان نقودا كان أم حليا سبائك ولذلك لا يعد حرزا من الأرض التى دفن فيها ولا يتناوله ملكهـا . . .

(١٢) اسم المعدن يطلق فى العرف على الفلز وهو كما فى القاموس المحيط : جواهر الأرض كلها من الذهب والفضة والنحاس والحديد وغيره .

(١٣) رواه أحمد وأبو داوود عن أبى خراش عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه : وثمنه حرام وعن أبى هريرة : ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع المـاء — ولا النار — ولا الكلأ ، رواه ابن ماجه .

هذا الاتحاد طبيعيا أم صناعيا فجميع الأشياء المتحدة بالعقار تتبعه فى الملك ومن الأشياء التى تتحد بالأرض اتحادا صناعيا البناء(١٤) .

* * *

● **طبيعـــة الملك :**

وصفت الملكية بأنها اختصاص وبأنها صفة شرعية أو حكم شرعى . ومن ذلك يتضح أنها عبارة عن علاقة الانسان بالمـــال وما فى حكمه من المنافع وذلك يدل على أنها صفة اعتبارية منتزعة من آثارها وأحكامها فليس لها وجود مادى ولا حقيقة مادية فحيثما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الانسان والمـــال ثبت الملك وحيثما نفى الشرع هـــذه العلاقة انتفى الملك .

* * *

(١٤) ابن عابدين جـ ٥ ص ١٣٥ ، ١٢٧ مطبعة الحلبى .

المبحث الثانى

أســباب الملك ووســائله

● أسباب الملك من وجهة نظر الفقهاء :

حاول بعض الفقهــاء حصر أســباب التملك فى الشريعة .. قال ابن السبكى « قال ابن الرفعة فى الكناية فى باب احياء الموات : أسباب الملك ثمانية : الميراث — والمعاوضات — والهبات — والوصايا — والوقف — والغنيمة — والاحياء — والصدقات.قلت:بقيت عليه أسباب أخر منها تملك اللقطة بشرطه — ومنها : دية القتيل يملكها أولا ولذلك يوفى منها دينــه ومنها الجنين الأصح أنه يملك الغرة ، ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله أو بمال آخر لا يتميز فوجب تملكه اياه على الصحيح عند الرافعى والنووى ، ومنها : الصحيح أن الضعيف يملك ما يأكله وهل يملك بالعرض بين يديه أو فى الفم أو بالأخذ ، أو بالازدراء يتعين حصول الملك قبله ؟ .. وجوه ، وقد يجاب بدخولها فى الهبة »[1] .

وقال ابن نجيم : « أسباب التملك : المعاوضات المالية ، والأمهار — والخلع — والميراث — والهبات — والصدقات — والوصايا — والغنيمة — والاستيلاء على المباح والاحياء وتملك اللقطة بشرط ودية القتيل يملكها أولا ثم تنقل الى الورثة ومنها الغرة يملكها الجنين فتورث عنه والغاصب اذا فعل بالمغصوب شــيئا أزال به اسمه وعظم منافعه ملكه واذا خلط المثلى بمثلى بحيث لا يتميز ملكه[2] . وقد بين القابسى فى الحاوى القدسى الأساس الذى بنت عليه الشريعة اقرارها لمــا أقرت من أسباب التملك : فقال : فلابد أن يكون المحل الذى ثبت الملك فيه خاليا عن الملك والخالى

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكى ص ٩٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٧ مشار اليه فى الملكية فى الشريعة الاسلامية — عبد السلام العبادى رسالة القسم الثانى ص ٢٧ وما بعدها ..

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ .

عن الملك هو المباح والمثبت للملك فى المال المباح هو الاستيلاء لا غير لأن المباح لما استوى فى التصرف فيه جميع الناس وتعذر على كل واحد منهم اقامة المصالح به والانتفاع منه لوقوعه فى محل التنازع شرع الشرع الاستيلاء عليه : ثم المستولى على المال المباح قل ما يقوم به جل مصالحه من منافعه فيحتاج الى ما فى يد غيره ويحتاج الى ما فى يده فشرع الشرع البيع لينقل المستولى ما حصل فى يده بالاستيلاء من المال الى غيره وينقل ما فى يد غيره الى نفسه فينتفع كل واحد منهما بما نقل الى نفسه من صاحبه فتقوم به مصالحهما فصار البيع ناقلا الملك الثابت بالاستيلاء وكذا ما قام مقامه من أسباب الملك كالهبة ونحوها • والانسان اذا حصل مصالحه بما حصل فى يده من الأموال المباحة والمملوكة بالاستيلاء أو البيع من غيره مدة عمره فى حال حياته وآن أوان ارتحاله عن الدنيا وأشرف على ارتحاله منها احتاج الى أن يقيم مقامه فيما أنفق فى تحصيله عمره فشرع الشرع الوصية والميراث •• وللملك فى حق الوارث والموصى له حكم البقاء لا حكم الثبوت ابتداء كما يكون بالاستيلاء ولا حكم الانتقال كما يكون بالبيع[3] فثبت أن هذه الأسباب على ثلاثة أنواع :

١ — مثبت للملك ابتداء : وهو الاستيلاء •

٢ — ناقل للملك بعد ثبوته : وهو البيع ونحوه •

٣ — ومبق للملك على الورثة والموصى له بطريق النيابة وهو الارث والوصية[4] •

وجاء فى الدر المختار [5] : اعلم أن أسباب الملك ثلاثة :

١ — ناقل كبيع وهبة •   ٢ — وخلافه كارث •

٣ — وأصالة •• وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد أو حكما بالتهيئة كنصب شبكة الصيد •• على المباح الخالى عن مالك •

---

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٩ وحاشية العمودى جـ ٢ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ •

(٤) انظر الحاوى القدسى : ٢١٥ — ٢١٦ •

(٥) جـ ٦ ص ٤٦٣ •

وفى حاشية ابن عابدين عليه : أن الاستيلاء حقيقة يشمل الأحياء .
وجاء فى حاشية العمودى على الأشباه[٦] أن الأسباب ثلاثة : مثبت — وناقل — وخلافة .

وتأسيسا على ما تقدم وفى ضوء ما قرره الفقهاء القدامى أورد الفقهـاء المحدثون أسباب التملك بتقسيمات متعددة فمنهم من قال[٧] انه يمكن حصر طرق التملك المباحة فى الشريعة بما يأتى :
١ — احراز المباحات والاستيلاء عليها ويشمل الصيد واحياء الموات واستخراج ما فى باطن الأرض .
٢ — العقود الناقلة للملكية من بيع الى اجارة الى هبة الى وصية .
٣ — الميراث .
٤ — التعويض ، ويشمل ضمان ما ينقله الانسان من أموال غيره والدية .
٥ — التولد من المملوك مثل نتاج الحيوانات وثمر الزرع .
ومنهم[٨] من قال ان أسباب التملك التى أقرها التشريع الاسلامى تنحصر فى أربعـــة :
١ — احراز المباحات .   ٢ — العقـــود .
٣ — الخلفيـــة .   ٤ — التولد من المملوك .

ثم قسم أسباب الملك باعتبارين هما :
أولا — باعتبار وجود الاختيار وعدمه : ومن هذه الناحية تنقسم أسباب الملكية الى نوعين : اختيارية — وجبرية :
(أ) الاختيارية : هى ما كان الانســـان مختارا فى ايجادها وهى سببان : احراز المباحات والعقود .
(ب) والجبرية : هى ما ليس للانسان فيها اختيار وهى سببان أيضا : الارث ، التولد من المملوك .

---

(٦) ج ٢ ص ٢٠٢ .
(٧) د . عبد السلام العبادى — الملكية فى الشريعة الاسلامية - القسم ٢ ص ٣٠ .
(٨) د . مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٢٤٢ .

ثانيا — من حيث الأثر النوعي : ومن هذه الناحية تنقسم أسباب الملكية الى نوعين : هما : أسباب منشئة للملك ، وأسباب ناقلة له :

(أ) والأسباب المنشئة هي التي توجد ملكا على شيء غير مملوك قبلها وهي احراز المباحات والتولد من المملوك .

(ب) والأسباب الناقلة هي التي تتعلق بملك موجود قبلها فتنقله من حوزة الى حوزة وهي الخلفية — والعقود [٩] .

ولكن يتلاحظ التداخل بين هذا النوع من الأسباب وبين الأسباب الاختيارية والجبرية .

ويتضح أن ما ذكر من أسباب للملك لدى الفقهاء المحدثين ، لم يخرج عما سبق أن ذكره الفقهاء القدامى وبخاصة ما جاء في الحاوي القدسي وفي الدر المختار — وحاشية الحموي على الأشباه فقد ذكروا : أن أسباب الملك ثلاثة هي :

١ — مثبت أو أصالة وهي ما ثبت الملك ابتداء على شيء غير مملوك قبلها ومن أهم صورها الاستيلاء أو احراز المباحات .

٢ — ناقل للملك بعد ثبوته ويشمل العقود والدية وضمان المتلفات .

٣ — خلافة الارث والوصية أي قيام الغير مقام المورث والموصي حتى كأنه لم يمت بعد وللملك في حق الوارث، والموصى له حكم البقاء ، لا حكم الثبوت ابتداء كما يكون بالاستيلاء ولا حكم الانتقال كما يكون بالبيع [١٠] .

ومن الممكن أن يكون التولد من المملوك كسبب رائع مستقل من أسباب كسب الملكية أو التملك ، وان كان البعض [١١] يعده ضمن الأسباب المنشئة للملك .

* * *

---

(٩) د . مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٥٥ وما بعدها .

(١٠) انظر الحاوي القدسي ص ١٥ — ١٦ وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٩ « اعلم أن ملك المورث بطريق الخلافة عن الميت فهو قائم مقامه كأنه حي ، فيرد المبيع بعيب ويرد عليه ويصح اثبات دين الميت عليه ، وأما ملك الموصى له فليس خلافة عنه بل بعقد تملكه ابتداء فانعكست الأحكام المذكورة في حقه » .

(١١) د. مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٥٦ .

● **التقسيم السائغ لأسباب الملك فى نظرنا :**

وعلى ذلك يكون تقسيم أسباب الملك على أنها أربعة على نحو ما تقدم هو التقسيم السائغ لدينا والذى من الممكن أن ينضوى تحت كل سبب منها أى سبب فرعى آخر وذلك بحسب طبيعة كل سبب وما اذا كان مثبتا لملك ابتــداء أم ناقلا له بعد ثبوت الملك • أم خلافه أم متولد من المملوك • وسنفرد كل سبب من الأسباب بشرح موجز ايضاحا لمــاهيته وطبيعته حتى يسهل اعتبار ما يدخل فيه من أفراده وفروعه وما لا يدخل :

أولا — الأسباب المنشئة للملك ابتــداء كالاستيلاء أو احــراز المباحات(١٢) فالمباحات هى التى لم تدخل فى ملك أحد ولا يوجد مانع شرعى من تملكها ومن ثم يجوز تملكها بالاستيلاء والحيازة وتشمل الصيد واحياء الموات والاحتطاب واستخراج ما فى باطن الأرض والغنائم الحربية لأن أموال الحربيين تعتبر مالا مباحا لا تحترم الشريعة ملكيتهم لها • وعلى ذلك يتوقف ثبوت ملك المباحات بالاحراز والاستيلاء على أمرين همـــا :

١ — ألا يكون قد سبق الى احرازها شخص آخر اعمالا لقاعدة من سبق الى مباح فقد ملكه •

٢ — قصد التملك وفقا لقاعدة : الأمور بمقاصدها •

والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أنواع هى :

١ — احياء الموات •

٢ — الاستيلاء على المعادن والكنوز واستخراج ما فى باطن الأرض•

٣ — الغنائم الحربية •

٤ — الصيد (١٣) والاحتطاب •

---

(١٢) والمـــال المباح هو الذى لم يدخل فى ملك يحرمه الشارع ولم يوجد ما يمنع من تملكه شرعا كالمـــاء فى منابعه والكلأ فى منابته والأشجار فى البرارى غير المملوكة وصيد البر والبحر •

(١٣) يراجع فى تفصيل هذه المسائل محمد أبو زهرة نظرية الملكية ص ١٢٣ — بدران أبو العينين بدران — نظـــرية الملكية ص ٣٢٤ ، مذكرة ضوابط الملكية فى الفقه الاسلامى للدكتور عدنان التركمانى ص ٨٣ وما بعدها فتفصيلها يخرج من موضوع ضوابط الملكية ويدخل فى مسائل الفقه التفصيلية .

ثانيا — الأسباب الناقلة للملك وهى لا تثبت الملك ابتداء كما فى الحالة الأولى وانما تتعلق بملك موجود وثبت قبلها فتنقله من حوزة الى حوزة ومنها العقود ، وبالنسبة لسببية العقود للملكية تعتبر أسبابا ناقلة لا منشــئة اذ يتعين أن يكون البائع مالكا للشىء المبيــع ، ففاقد الشىء لا يعطيه ، ومن ثم تعتبر الدية وضمان المتلفات ضمن هذه الأســباب الناقلة للملك ، وكذا الهبات والوصايا والوقف والصدقات •

هذا وسنفرد بعض الأسباب الناقلة الملك بشىء من البيان لأهميتها الخاصة فى مجال عمل المؤسسات المــالية الاسلامية وبصفة خاصة البنوك الاسلامية ، ومن أهم هذه الأسباب ما يأتى :

١ — الادخار بقصد التملك (١٤) :

المقصود بالادخار هو تأجيل الشخص انفــاق جزء ما من دخله أو كسبه (١٥) وايداعه لدى البنك الاسلامى كمؤسسة مالية مصرفية تعمل على تجميع فوائض التوازن لدى الأشخاص وتوجيهها فى أوجه استثمار انمائية لصالح الفرد والجماعة طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ومقاصدها الأساسية من الضروريات والحاجيات والتحسينات •

والادخار من وسائل المحافظة على المــال ، والمحافظة على المــال مقصد أساسى من مقاصد التشريع الضرورية على نحو يؤدى الى رواجه بتكثيره ودورانه ، ومن أهم وسائل ذلك وضع النقد واستعماله فى توجيه الائتمان الوجهة الصحيحة •

كما تتحقق هذه الصفة للمال — المحافظة — بأن يكون ممكنا ادخاره ، وفى نفس الوقت أن يكون قابلا للتداول ، مع ابعاده عن الاضرار والضرر العام والخاص والتعامل بالربا والتعرض للخصومات بقدر الامكان ، وبتضافر المقصد الحاجى مع الضرورى فى شأن مقصد المحافظة على الأموال يجرى التيسير فى المعاملات على وجه العموم ودفع الحرج •

---

(١٤) انظر فى تفصيل المسألة كتابنا المدخل لفقه البنوك الاسلامية ، ونعنى بالادخار هنا الادخار الحر أو الاختيارى •

(١٥) انظر د. أحمد النجار — المدخل للنظرية الاقتصادية فى الاسلام — بنوك بلا فوائد — منهج الصحوة الاسلامية .

وبناء على ذلك يظهر بجلاء دور البنك أو المصرف الاسلامى فى وضع مقاصد التشريع الضرورية والحاجية موضع التطبيق عن طريق نشر الوعى الادخارى بين الأشخاص كوسيلة شرعية واحدة لتغيير أحوال النـــاس .

* * *

● كيفية استخدام البنك الاسلامى لهذه الوسيلة وتطبيقها لتغيير أحوال الناس :

الأصل أن المـــال لا ينتزع من صاحبه بدون رضاه ، وفى ظل عدم سن ولى الأمر نظـــاما بالادخار ، فان الادخار يعتمـــد على دور البنك الاسلامى فى أيجاد الرغبة لدى الأشخاص فى أن يكونوا مدخرين لديه ، ومن ثم فان قرار الشخص بالادخار يمر بمرحلتين هما :

١ — مرحلة ذاتية داخلية يمر فيها بأطوار ثلاثة هى :
(أ) الباعث الدافع على الادخار والرغبة فيه .
(ب) القصد وهو اتجاه النية اليه .
(ج) الرضا وهو امتلاء الرغبة والقصد الى الادخار .

٢ — مرحلة خارجية تتمثل فى التعبير عن الرضاء ، والتصرف بما يحققه ويجعله واقعا وهو ما يسمى « بالسلوك الادخارى » .

وهـــذه المراحل المختلفة بأطوارها المتعـــددة ، يؤدى فيها البنك الاسلامى دورا رئيسيا وشاقا ، فى احداث هذا التغيير بشقيه ، مستخدما كل أجهزته ووسائله ومن أهمها « هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية » التى تعتبر من أهم سمات ومميزات البنك الاسلامى .

ويزيد من صعوبة هذا الدور للبنك الاســـلامى ، أن قرار الفرد بالادخار لا يرتبط بحجم دخله أو كسبه فحسب ، وانما يرتبط أساسا برغبته ومدى دافعيته تجاه مصالحه ، وتوفير احتياجاته ، وحسن تقديره لـــا قد يواجهه من صعوبات فى حياته ، وكلها أمور شرعية تدخل فى اطار المقاصد الضرورية والحاجية على نحو ما سلف .

وفى ذلك يقول الله تعالى :

« وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم »
(النساء : ٩)

وقد ادخر الرسول ﷺ لأهله قوت سنة . (متفق عليه)

وليس معنى أن السلوك الادخارى لا يرتبط بحجم الدخل أو الكسب أصلا ، أننا ننفى ما قد يكون هناك من علاقة طرديه بين حجم الدخل أو الكسب وحجم المبلغ المدخر .

* * *

● الفقير والمسكين والغنى والادخار :

أولا — الفقير والمسكين :

هل يستطيع كل من الفقير والمسكين أن يمارس الادخار على نحو ما سبق تحديده بأنه تأجيل انفاق جزء ما من الدخل أو الكسب ؟

لابد للاجابة على هذا التساؤل من توضيح المقصود بالفقير والمسكين .

للفقهاء فى هذا مسالك متعددة ..

فهناك من يذهب الى أن الفقير وهو المحتاج المتعفف الذى لا يسأل ، والمسكين هو المحتاج المتذلل الذى يسأل [١٦] .

وذهب البعض الى أنهما صنف واحد — أبو يوسف الحنفى وابن القاسم المالكى [١٧] .

● مالية الفقير والمسكين :

الفقير عند الحنفية من يملك شيئا دون النصاب الشرعى فى الزكاة ، أو يملك ما قيمته نصاب أو أكثر من الأثاث والأمتعة والثياب والكتب ونحوها مما هو محتاج اليه لاستعماله والانتفاع به فى حاجته الأصلية .

---

(١٦) الطبرى ج ٤ ص ٣٠٨ ، ٣٠٥ طبعة المعارف — الاموال لأبى عبيد ص ٦٠٣ .

(١٧) انظر حاشية الدسوقى ج ١ ص ٤٩٢ .

والمسكين من لا يملك شيئا عندهم [١٨] •

● **وعند الأئمة الثلاثة :**

الفقير : من ليس له مال ولا كسب حلال لائق به يقع موقعا فى كفايته وسائر ما لا بد له منه لنفسه ولمن تلزمه نفقته من غير اسراف ولا تقتير •

المسكين : من قدر على مال أو كسب حلال لائق يقع موقعا من كفاية من يعوله ولكن لا تتم به الكفاية وان ملك نصابا [١٩] •

والمراد بالكفاية كفاية السنة عند البعض وكفاية العمر الغالب لأمثاله فى بلده عند البعض الآخر •

ومؤدى ذلك أن الفقير والمسكين كلاهما ذو مال ، ولكن لا يكفيه ، أو لا تتم به كفايته على نحو ما سبق بيانه ، ولا يخرجه عن الفقر والمسكنة أن يكون له مسكن أو ثياب أو كتب علم اذا كان من أهله ، أو آلات حرفة أو أدوات صنعة يحتاج اليها [٢٠] • ومن واقع حاجته وتلبية لها — وبخاصة اذا كان من أهل العلم مثلا أو أرباب الحرف والصنائع — فلا تعارض اطلاقا بين فقره أو مسكنته وبين ادخاره للوفاء لمطلبات حاجاته التى لا غنى له عنها •

* * *

ثانيا — الغنى :

الغنى ثلاثة أنواع هى :

١ — الغنى الموجب لدفع الزكاة وهو مالا نركز عليه الآن [٢١] •

٢ — الغنى المانع من أخذ الزكاة •

٣ — الغنى المانع من المسألة أو سؤال الغير ، وهو دون الغنى المانع من أخذ الزكاة لتشديد الشرع فى المسألة [٢٢] •

---

(١٨) انظر فقه الزكاة للقرضاوى ص ٥٤٦ .

(١٩) نهاية المحتاج لشمس الدين الرملى ج ٦ ص ١٥١ — ١٥٣ — القرضاوى المرجع السابق ص ٥٥٠ .

(٢٠) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ١٥١ .

(٢١) انظر محاضراتنا فى الزكاة .

(٢٢) عن قبيصة بن مخارق الهلالى قال : تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اسأله فيها . فقال : « اقم حتى تأتينا الصدقة =

● **خلاصـــة :**

ونخلص مما تقدم فى معنى الفقير والمسكين والغنى الذى يحرم عليه الأخذ من مال الزكاة ، أو يمتنع عليه السؤال أنهم جميعا ذوو مال ، وانما الاختلاف بينهم فى قدر ذلك المـــال ، مرتبطا بمدى كفايتهم وتمامها ، واشباع حوائجهم دون اسراف .

واذا كانت حوائجهم جميعا تتفاوت ، فانه مما يدخل فيها وسيلة اشباع أو الوفاء بتلك الحاجات ، ولا شك أن تأجيل جزء ما من الدخـــل أو كسب يساعدهم حتما على ذلك الاشباع .

* * *

● **الفقير أو المسكين القادر على الكسب :**

وانه لما يزيد الحاجة الى الادخار ، الى درجة الضرورة أحيانا ، أن الفقير أو المسكين قد يكون قادرا على الكسب واكتساب قدر الكفاية كسبا يليق بحاله ومروءته بغير اسراف — اذ يذهب كثير من الفقهـــاء

= فنأمر لك بها قال : ثم قال : يا قبيصة أن المسألة لا تحل الا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك . ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو سدادا من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجا من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال : سدادا من عيش . فما سواهن من المسألة يا قبيصة : سحتا يأكلها صاحبها سحتا » .

الحمالة : ما يتحمله الانسان من دية أو غرامة (دين) عن النهاية لابن الأثير .

ذوى الحجا : أى المتبصرون أصحاب الافهـــام . رواه مســـلم فى صحيحه — كتاب الزكاة .

ويلاحظ فى الحديث الشريف أن الرسول صلى الله عليه وسلم أباح المسألة للمضطر ولكنه حدد ما يؤخذ بأن لا يزيد على أن يكون قواما أو سدادا من عيش فى الحالات التى أوردها الحديث ان أوصدت كل الأبواب فى وجه ذى الحاجة المسلم .

الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية وبعض المـــالكية الى أنه لا يجوز أن يأخذوا أو يعطوا من أموال الزكاة (٢٣) .

ويستدلون بحديث الرسول ﷺ : « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى » (رواه أحمد وأبو داوود والترمذى والنسائى) وفى رواية أخرى « ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » (رواه الخمســـة الا ابن ماجة)(٢٤) .

* * *

● **الفقير والمسكين القادر على الكسب ولكن تنقصه الأدوات :**

أما اذا كان الفقير أو المسكين قادرا على الكسب والعمل ، وكان من أرباب الحرف وأهل الصنائع ، ولكن تنقصه أدوات الحرفة أو الصنعة ، فانه يكون أكثر من غيره من الفقراء والمساكين القادرين على الكسب حاجة الى توفير هذه الأدوات التى لابد له منها لكسبه ، ومن ثم يكون أشد من غيره حاجة الى الادخار ، كما أنه أشد من غيره حاجة الى وقوف البنك الاسلامى بجانبه كى يمكنه من تملك هذه الأدوات وتوفير ما يلزمه منها ، ووسيلة ذلك علاقته القوية بالبنك عن طريق سلوكه الادخارى فتحصل بذلك مصلحة مزدوجة :

(أ) اقراض البنك له ، اذ يكون من خلال تعامله مع البنك أهلا للثقة ومن ثم أولى برعاية البنك .

(ب) أن يعطى من أموال الزكاة ما يمكنه من اكتساب كفاية عمره ، وعدم احتياجه الى الزكاة مرة أخرى بشراء ما يلزمه لمزاولة حرفتـــه وتمليكه اياها استقلالا أو اشتراكا (٢٥) .

* * *

---

(٢٣) انظر المجموع ج ٦ ص ٢٢٨ — مجمع الأنهر ص ٢٢٠ — حاشية الدسوقى ص ١٤٩٤ — مطالب أولى النهى ج ٢ ص ١٣٦ — فقه الزكاة للقرضاوى ج ٢ ص ٥٧٠ وما بعدها .

(٢٤) انظر الأموال لأبى عبيد ص ٥٤٩ .

(٢٥) انظر فى هذا المعنى الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٢٢ — المغنى ج ٦ ص ٤٧٠ وما بعدها — جواهر العقود للمنهاجى ج ١ ص ٤٩٤ .

● **البنك الاسلامى والزكاة :**

انه لما يرتبط بفلسفة البنك الاسلامى أشد الارتباط — اذ يهدف البنك الاسلامى أساسا الى تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع والوصول بها الى أقصى انتاجية ممكنة — أن يقوم البنك بجمع أموال الزكاة ، فضلا عن زكاة أمواله التى تمثل موردا ماليا مستقرا ومستمرا ، وصرفها فى مصارفها الشرعية التى منها الفقراء والمساكين ، ولكن الى أى حد يعطى هؤلاء من أموال الزكاة ؟ وفى هـذا الصدد ذهب عدد غير قليل من الفقهاء الى أعطائهم سـائر ما لابد لهم منه على ما يليق بحالهم بغير اسراف[٢٦] ، والى اعطائهم ما يغنيهم والتوسعة فى الاعطاء ، فقد جاء فى الأموال لأبى عبيد أن مالك بن أنس لم يكن عنده حد معلوم ، وكان يقول : أرى على المعطى فى ذلك الاجتهاد وحسن النظر • وقول عمر رضى الله عنه « اذا أعطيتم فأغنوا » وقد فعل ذلك ، وقد كان بعض التابعين يأخذ بنحو هذا ويؤثر الاكثار على الاقلال ، الـى حـد شراء المسكن والملبس والعتق من الرق[٢٧] •

وكان ابن حزم يرى أن القرآن والسـنة لم يوجبا حدا يعطى للفقير والمسكين[٢٨] •

* * *

● **كيف يتخذ الادخار سبيا للتملك :**

فى ضوء ما تقدم من أن البنك الاسلامى وهو بصدد نشر الوعى الادخارى لدى الناس ، بقصد تحريك الطاقات الكامنة ، والوصول بها الى أقصى انتاجية ممكنة ، وأن ذلك لا يتوقف على حجم الدخل أو الكسب على نحو ما سبق سرده بالنسبة للفقير والمسكين والغنى ، وأيضا فان لدى

---

(٢٦) المجموع جـ ٦ ص ١٩١ •
(٢٧) انظر الأموال لأبى عبيد ص ٥٦٠ — ٥٦٧ •
(٢٨) المحلى جـ ٦ ص ١٥٦ وانظر أيضا فى هـذا المعنى شمس الدين الرملى فى شرح المنهاج جـ ٦ ص ١٥٦ — الانصاف جـ ٣ ص ٢٣٨ — معالم السنن جـ ٢ ص ٢٣٨ •

البنك الاسلامى موردا ماليا مستقرا هو الزكاة ، ومن ثم يستطيع البنك الاسلامى أن يولى أرباب الحرف وأهل الصنائع عناية خاصة اذا توفرت لديهم الرغبة والرضا بالادخار لديه والتعامل معه ، فانه فى ضوء دراسات البنك يمكنه أن يوفر لهم أدوات الحرفة أو الصنعة ليصبحوا ملاكا لمنشأة صــناعية ، تفى باحتياجاتهم هم ومن يلزمهم نفقتهم مدى حياتهم ، ويخرجون بذلك من حالة الفقر ، بل يصبحوا من دافعى الزكاة .

وأساس الملكية هنا هو « السلوك الادخارى » ومن ثم المبلغ المدخر لدى البنك الاسلامى ، سواء تحقق من دخل الشخص وكسبه أو من الزكاة ، والملكية هنا قامت على عملية مركبة : الشق الأول فيها الشخص السوى المعنى بأمر نفسه ، والحريص على أن يكون مالكا أو صاحب منشأة ، والشق الثانى هو البنك الاسلامى فى ممارسته لهذا العمل فى ضوء سلوك الشخص الادخارى وقيامه بادخار جزء من دخله أو كسبه ، أو قيامه باعطاء الزكاة لمستحقيها من الفقراء والمساكين وتوفير وسائل الملكيـــة لهم .

* * *

٢ ـــ المشاركة المنتهية بالتمليك :

هـــذا النوع من الشركة أو المشاركة ، أوردته الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية[٢٩] وأطلقت عليه اسم « المشاركة المتناقصة » .

وجاء فيها ما نصه :

« وهـــذا النوع من المشاركة قد يميل اليه كثير من المضاربين الذين لا يرغبون فى استمرار مشاركة البنك لهم وفى هـــذا النوع من المشاركة يعطى البنك الحق للشريك فى الحلول محله فى الملكية دفعة واحـــدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها وطبيعة العملية على أساس اجراء ترتيب منظم لتجنيب جزء من الدخل المتحصل كقسط لسداد قيمة الحصة . ومن المجالات المناسبة لهذا النوع قطاع النقل والمبانى بوجه خاص وان كان لا يمنع هـــذا امكان العمل به فى غير ذلك من المجالات » .

---

(٢٩) جـ ١ ص ٢٨ الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .

وعرفتها المـــادة الثانية من قانون البنك الاسلامى الاردنى رقم ١٣/١٩٧٨ بأنها :

« دخول البنك بصفة شريك ممول — كليا أو جزئياً — فى مشروع ذى دخل متوقع وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافى الدخل المتحقق فعلا مع حقه فى الاحتفاظ بالجزء المتبقى أو أى قدر منه متفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل » •

* * *

● **ما نراه بشأن هذا النوع من التعامل :**

عند تحليلنا لهذه العملية المتداخلة والمركبة نجد أنها تمر بثلاث مراحل متوالية هى :

أولا : هـــذه العملية نوع من أنواع الشركة فى الفقه الاسلامى ، وهى شركة العقد بين اثنين أو أكثر ، على كون رأس المـــال والربح مشتركا بينهم •

وكل قســـم من شركة العقـــد يتضمن الوكالة ، فكل واحـــد من الشريكين •• أو الشركاء وكيل الآخر •

وفى شركة العقـــد يتقوم العمل بالتقويم أى بتعيين القيمة •

وتقسيم الربح شرط بين الشركاء •

ثانيا : عائد المـــال المشترك فى المشاركة المتناقصة (الربح) :

ان استحقاق الربح فى شركة العقد يكون بالنظر الى الشرط المذكور فى عقد الشركة ، ويتم توزيعـــه على أساس نســـبة الربح المشترطة فى العقد •

وما يدره الملك المشترك فى هـــذه المشاركة يكون أيضا مشتركا بين أصحاب الملك ، وان كانت صورة ذلك العائد تختلف باختلاف وســـيلة استغلال المـــال المشترك ، فيسوغ للشريكين أن يؤجرا مالهما المشترك لآخر أو لأحدهما •

والضرر والخسارة الواقعة بلا تعد ولا تقصير منقسم على مقدار رأس المـــال •

وفى هـــذا الصدد يمكننا أن نميز بين أمرين هما :

(أ) تحقق العائد أو الربح فعلا ، ولحصـــوله من سبب واحد مشترك ، فهو مال مشترك بين الشركاء ، وتخصم منه جميع التكاليف والنفقات اللازمة ، بما فيها مقابل عمل أحد الشركاء فيما لو كان هو الذى تولاه ، اذ العمل فى شركة العقد يتقوم بالتقويم كما سبق •

(ب) ملزومية من وجب فى ذمته هـــذا العائد أو الربح به ، وقد يكون شخصا آخر غير الشريكين أو أحدهما •

وفى حالة ما اذا كان أحد الشريكين ، فانه يصبح مدينا ودائنا ، ومن ثم تجرى المقاصة بين ما يستحقه وما يجب عليه ، ويصبح الباقى من الربح من حق الشريك الآخر يلتزم به ويقوم بدفعه اليه •

ثالثا : بيع أحد الشريكين حصته لشريكه بقسطها من الثمن :

وهو من الأمور المتعهد بها بين الطرفين ابتداء فى عقد الشركة ، وهـــذا معتبر من وقت معين مستقبل[٣٠] •

---

(٣٠) انظر عكس ذلك توصيات مؤتمر المصرف الاسلامى بدبى ١٩٧٩ حيث رأى المؤتمر بصدد بحث هـــذا النوع من المشاركة « أن يكون بيـــع حصص المصرف الى المتعامل بعد اتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون له الحق فى بيعها للمصرف أو غيره وكذلك الأمر بالنسبة لا[illegible]ف بأن تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل شريكه أو لغيره » •

ونرى أن ما انتهى اليه المؤتمر يعالج صورة بسيطة لعمليتين منفصلتين تماما ، عملية مشاركة وعملية بيع حصص احد الشركاء على حين أن الصورة المطروحة للبحث هى عملية مركبة ومندمجة ، تقتضى مصلحة الطرفين ابتداء الدخول فى المشاركة والاتفاق على البيع فى نفس الوقت ، ومن ثم كانت هـــذه المعاملة فى حاجة الى تحليل ، وتكييف يواجهها ، كما تجرى فى الواقع ، ويضبط حركتها ، ويسبغ عليها الحكم الشرعى فى كل مرحلة من مراحلها ، وعليها كلها بالتالى •

وقد بسطت الموسوعة العلمية للبنوك الاسلامية ح / ٥ الشرعى المجلد / ١ ص ٣٢٦ صور هـــذه المعاملة ونراها كلها تخرج عن حقيقة العملية كـــا تجرى فى الواقع ، فالمعاملة كمـــا تجرى فى الواقع ذكرتها الموسوعة ج ١ كمـــا ذكرناها فى المتن ، وبذلك يتضح أن مؤتمر المصرف الاسلامى المشار اليه قد عالج صورا بسيطة لهذه المعاملة ، ولم يتعرض لحقيقة المعاملة كما تجرى فى الممارسة والعمل •

وعندئذ يجب تقويم حصة الشريك البائع بثمنها بسعر يومها وقت البيع ، ويشتريها الشريك الآخر ، وذلك على التفصيل التالى :

١ — الغالب ألا يبيع الشريك حصته جملة أو دفعة واحدة ، والا خرج من الشركة نهائيا دون ما صعوبة ، وهو ما قد يبدو على خلاف الصورة المعروضة ، اذ لا يتصدى لهذه المعاملة فى حقيقتها ، ومن ثم فان الشريك يبيع حصته فى الشركة مجزأة أو على حصص ، كل حصة بقدرها من الثمن بسعر يومها وقت البيع ، وذلك حتى يحل محله فى تملك حصته بالكامل ، ويتم بذلك خروجه من الشركة .

٢ — ان الشريك المشترى لحصة شريكه قد يقوم بدفع ثمنها حالا أو مؤجلا أو مقسطا حتى يتم السداد .

ويجب فى هـذه الحالة تسمية الثمن وتحديده حين البيع ، وأن يكون معلوما وأن تكون المدة محددة ومعلومة أيضا اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا .

ومن المعلوم أن الثمن هو ما يكون بدلا للمبيع ، ولكنه يتعلق بالذمة ، ومن ثم تصبح أموال المدين كلها ضامنة للوفاء به ، وليس مال الشركة فقط .

٣ — فى هذه الصورة المركبة من المشاركة لا وجه لارتباط ثمن حصة الشريك البائع بالربح الذى يحصل عليه الشريك المشترى من استغلال المـال المشترك ، وان صح تزامن[٣١] سداد قسط الثمن مع حصوله على حصته من الربح ، ولكن المسألة تبدو أكثر تعقيدا فى الحالات الآتية :

(أ) اذا لم يحقق المشروع أو الشركة ربحا .

(ب) اذا تحققت خســارة للشركة .

(ج) اذا هلك مال الشركة كله أو بعضه .

(د) تصفية المشاركة قبل انتهاء مدة العقد .

---

(٣١) أى توافق وقت السداد مع وقت حصوله على نصيبه من الربح المتحصل من الشركة ، كوسيلة من وسائل التيسير والتسهيل فى دفع أقساط الثمن المستحق .

ومن ثم فلا وجه للربط بين الربح المحقق وسداد ثمن حصة الشريك المبيعة لشريكه ، ومن هنـا يتعين على الشريك البائع أن يأخذ هـذه الاحتمالات فى الاعتبار وما يستوجبه ذلك من أمرين :

(أ) ملاءة الشريك المشترى أى أن تكون ذمته المـالية كافية لسداد ما يجب عليه من ثمن .

(ب) أخـذ الضمانات الكافية للوفاء بالثمن فى حالة الخسـارة أو الهلاك ، اذ قد يهلك المبيع بعد حصول البيع ، فيكون ذلك على ملك الشريك المشترى ، اذ الضرر الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على مقدار رأس المـال ، وقد انتقلت ملكية الحصة المبيعة الى ملك الشريك المشترى .

وبعد .. فهذه هى فى نظرنا الأصول التى نضبط هذا النوع من المشاركة ونقوم عليها ، ولا شك أن كل عملية منها تخضع لـما تتضمنه من شروط وتفاصيل .

كما أن اطلاق موسوعة البنوك الاسلامية اسم « المضاربة » على هذه المعاملة فيه شىء من التجاوز ، فالمضاربة أصلا ما تكون بين طرفين ، أحدهما برأس ماله والآخر بعمله ، ومن ثم فرأس المـال فى يد المضارب ابتداء فى حكم الوديعة ، ومن جهة تصرفه فى رأس المـال هو وكيـل رب المـال ، واذا ربح فيكون شريكا فيه .

ومع كل ذلك فاننا نعتبر هـذا النوع من التعامل فى حاجة الى مزيد من البحث والتأصيل ، فى ضوء كل عمليـة بحسب ظروفهـا وشروطها فمثلا :

١ — اذا كانت المشاركة المتناقصة تخفى عملية « قرض بفائدة » تعتبر باطلة ويظهر ذلك فى حالة ما اذا كان القصد هو حصول الشريك على قرض وحصول البنك على رأسماله مع زيادة تسمى ربحاً من العائد المقدر للعملية فذلك تحايل على الربا وهو ممنوع شرعا .

٢ — اذا شرط البنك فى العقد أنه فى حالة تصفية المشاركة قبل انتهاء مدة العقد فللبنك استيفاء أرباحه المتفق عليها والمتوقعة عن طيلة فترة العقد .

فهذا الشرط باطل لأنه يضمن للبنك حصوله على أصل رأس ماله وزيادة متمثلة فى الربح المتوقع عن فترة العقد المستقبلة وهــذه الزيادة ربا •

كما أن كل شرط يضمن للبنك تلك الزيادة يعتبر باطلا أيضا •

٣ — عدم تعيين نسبة ربح الشريك فى العقد يبطله •

٤ — كل شرط يضمن للبنك أصل رأس المــال أو أصل ما قدمه من تمويل مع حصوله على زيادة حتى ولو كانت نسبة من ربح المشروع يعتبر باطلا لشبهة الربا اذ قصد البنك فى أن يعود اليه ما دفعه من مال كاملا وفوقه زيادة يبطل العقد اذ العبرة فى العقود للقصود •

* * *

٣ — الشـــــفعة :

هى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت اليه بعوض مالى ، بالثمن الذى استقر عليه العقد • وهى ثابتة بالسنة والاجماع •

● **الســـنة :** فما روى عن جابر قال « قضى رســـول الله ﷺ بالشفعة فى كل شركة لم تقســـم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتـــى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » •   (رواه مسلم والنسائى وأبو داوود)

وفى لفظ : قال رسول الله ﷺ : « اذا وقعت الحدود ، وحرفت الطرق فلا شفعة » •   (رواه الترمذى وصححه)

● **وأما الاجماع :** قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[٣٢] •

* * *

● **شروط ثبوت الشفعة :**

نحاول استخلاصها واجمالها على النحو التالى :

١ — أن يكون المشفوع فيه مبيعا : فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض كالارث والهبة والوصية أو كان عوضه غير مالى كأن يكون صداقا أو خلعا أو صلحا عن دم عمد فلا شفعة •

---

(٣٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٣ ص ٢٢٢ •

٢ — أن يكون شقصا مشاعا من عقار تجب قسمته : فلا شفعة فى منقول أو فيما لا تجب قسمته كالحمام الصــغير والبئر والطرق الضيقة ولا شفعة فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان على خلاف بين الفقهاء فى تفاصيل ذلك .

٣ — المطالبة بها وقت علمه فان لم يطلبها بلا عذر أو ظهر منه ما يدل على رضاه بتركه الشفعة سقطت .

٤ — أن يأخذ الشفيع جميع المبيع والا سقطت الشفعة على خلاف بين الفقهاء فى ذلك ما لم يتعذر أخذ الكل ، كتلف بعض المبيع ، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن .

٥ — أن يكون للشفيع ملك سابق ، لأن الشفعة انما تثبت للشريك لدفع الضرر عنه ، واذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة .

واذا اشترى اثنان دارا مثلا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الأخر ، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما ومن ثم عــدم الضرر(٣٣) .

ويزيد ابن قدامة المسألة تفصيلا بقوله (٣٤) :

« اذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يده بالشفعة سئلا متى ملكتماها ؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأن الشفعة انما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعده . وان قال كل واحد منهما ملكى سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا ، فان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وان لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فان أنكر فالقول قوله مع يمينه فان حلف سقطت دعوى الأول ، ثم تسمع

---

(٣٣) انظر الروض المربع فى شرح زاد المستقنع جـ ٢ ص ٤٠٩ .

(٣٤) الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٥٤ — أنظر مجلة الأحكــام العدلية م ١٠٠٨ وما بعدها .

دعوى الثانى على الأول ، فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا ، وان ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحق ملكه وان حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه » .

٦ — يأخذ الشفيع الشقص من المشترى بالثمن الذى وقع واستقر عليه العقد فان عجز عنه أو عن بعضه سقطت الشفعة .

لمـا روى عن جابر أن النبى ﷺ قال « هو أحق به بالثمن » .

٧ — لا شفعة لكافر على مسلم ، عند أحمد ، وله الشفعة عند الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعى .

* * *

● **عهدة الشفيع :**

هل هى على البائع أم على المشترى ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فقال أبو حنيفة هى على البائع ان أخذه من يده ، وعلى المشترى ان أخذه من يده .

وقال مالك والشافعى وأحمد[٣٥] هى على المشترى سواء أخذه الشفيع من يده أو من يد البائع .

وفى تعليل ذلك الرأى يقول ابن قدامة[٣٦] :

« ان الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشترى ، ثم يزول الملك من المشترى الى الشفيع ، بالثمن ، كانت العهدة عليه ، كما لو أخذه منه ببيع ، ولأنه ملكه من جهة المشترى بالثمن ، فملك رده عليه بالعيب ، كالمشترى فى البيع الأول ، وقياسه على المشترى فى جعل عهدته على البائع لا يصح ، لأن المشترى ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما اذا أخذه من البائع ، فالبائع نائب عن المشترى فى التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشترى والبائع بطلت الشفعة لأنها استحقت به » .

* * *

---

(٣٥) انظر الافصاح لابن هبيرة جـ ٢ ص ٣٧ .

(٣٦) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٧٢ .

● **المشاركة المنتهية بالتمليك تختلف عن الشفعة :**

المشاركة المنتهية بالتمليك عقد شركة أساسا وبيع يتم كل ذلك دفعة واحدة وفقا للقواعد والضوابط السابق بيانها •

والشفعة يثبت الحق فيها للشريك قبل من انتقلت اليه حصة شريكه ، أى قبل المشترى من الشريك ، ومن ثم فهى مستحقة بعد الشراء وزوال الملك عن البائع وحصوله للمشترى •

وقد نفى صاحب الروض المربع والشرح الكبير الشفعة عن الشريكين اذا ملكا العقار صفقة واحدة ، أو دفعة واحدة ، لتساويهما فى هـذه الحالة ، اذ لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ومن ثم انتفى الضرر الذى من أجل دفعه شرعت الشفعة •

لهذا كانت المشاركة المنتهية بالتمليك مرحلة متقدمة قائمة على رضا الطرفين فى الشركة ، على حين أن حق الشفعة لا يثور الا اذا باع أحد الشريكين حصته لأجنبى ، وكان لشريكه رغبة فى شرائها ، فيستعمل الشفيع حق الشفعة قبل المشترى الأجنبى عن الشركة ، ويأخذ منه المبيع جبرا اذا اقتضى الأمر ذلك •

وتأسيسا على ذلك لا يصح بناء المشـاركة المنتهية بالتمليك على الشفعة أو تعليلها بها فلكل مجال تطبيقها وشروطها وأحكامها •

* * *

٤ — الزكـــاة[٣٧] :

سنقصر الحديث هنا على الزكاة باعتبارها سببا من أسباب الملك الناقلة ، والزكاة ركن من أركان الاسلام وفريضة شرعية ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع :

● **الكتـــاب :**

وردت الزكاة فى القرآن الكريم فى أكثر من ثمانين آية وقرنت بالصلاة فى آيات كثيرة :

---

(٣٧) انظر فى تفاصيلها بحثنا بعنـوان الجانب الاقتصـادى فى فريضة الزكاة .

يقول الله تعالى :

« **وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة** » • (البقرة : ٤٣)

« **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها** » • (التوبة : ١٠٣)

« **وآتوا حقه يوم حصاده** » • (الأنعام : ١٤١)

● السنة :

عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذا الى اليمن قال « انك نأتى قوما من أهل الكتاب فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله وأنى رسول الله ، فان هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم وليلة ، فان هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ، فترد على فقرائهم . فان هم أطاعوك لذلك فاياك وكرائم أموالهم ، واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب » (رواه الجماعة)[٣٨] •

● الاجماع :

اتفقت كلمة الأمة على فرضيتها وأجمعت عليها واشتهرت شهرة جعلتها من ضروريات الدين ، من جحدها بعد العلم بفرضيتها يعتبر مرتدا •

● الزكاة شرعا :

الزكاة شرعا حق واجب معلوم ، فى مال خاص ، لطائفة مخصوصة ، فى وقت مخصوص •

● شروط وجوبها :

تجب الزكاة على المسلم الحر ، الذى يملك ملكا تاما لنصاب من المال الذى تجب فيه الزكاة ، وأن يكون النصاب فاضلا عن حوائجه الأصلية ويحول عليه الحول الا فى الخارج من الأرض من الزروع والثمار •

---

(٣٨) انظر نيل الأوطار للشوكانى ج ٤ ص ١١٤ .

● **الأموال التى تجب فيها :**

تجب الزكاة فى الأثمان كالنقدين ، وتجب فى عروض التجارة ، والزروع والثمار والحبوب والمواشى ، والمعادن والركاز .

ونصابها ومقدارها فى كل نوع من أنواع المـال السابقة كل بحسبه على التفصيل الذى أورده الفقهاء .

● **مصــارفها :**

مصارف الزكاة ورد ذكرها فى القرآن الكريم :

يقول الله تعالى :

« انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله ، والله عليم حكيم » . (التوبة : ٦٠)

وفريضة الزكاة تعنى أنها الأساس المالى ، والركن الركين للنظام المالى والاقتصادى فى الدولة الاســلامية ، بغيرها يصــبح النظام الاقتصادى محلولا ، كما أنه بالحدود يصبح النظام العام فى الدولة مضبوطا ، ومربوطا .

* * *

● **الزكاة سبب من أسباب الملك الناقلة :**

تؤخذ الزكاة من الأغنياء لترد على الفقراء ، وبقية مصارفها الشرعية الأخرى ، ومن ثم فان المستحق لها ينال حقه منها الذى قرره له الشرع ، يدخل فى حيازته واختصاصه ، وبالنظر الى أن الزكاة حق تكسب صاحبها ملكيته ، قسم الفقهاء المستحقوق لها قسمين :

قسم يأخذها على سبيل الملك وهم :

الفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم .

وقسم يأخذها أخذا مراعى فيه الغرض الذى من أجله أعطيت وهم :

لفك الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل .

وما زاد أو فضل عن الوفاء بالغرض الذى من أجله أعطيت رد وأعيد الى بيت مال الزكاة .

* * *

ثالثا — أسباب الملك : خلافة ويعبر عنها بعض الفقهاء [٣٩] بأنها سبب مبق للملك على الورثة والموصى له بطريق النيابة • فالارث خلفية يحل بها الوارث محل المتوفى ملكية أمواله المخلفة عنه وهى ما تسمى بالتركة وفى المسئوليات المـالية المتعلقة بها • والميراث أو الارث يعتبر سببا للتملك بحكم الشريعة أى أنه جبرى فلا يسقط بأسقاط الوارث كما لا يؤثر فيه قصد المورث الى الحرمان • وذلك كله بشرط ألا تستغرق ديون المورث تركته • ومن توسع فى معنى الخلفية أدخل فيها خلفية شىء عن شىء الى جانب خلفية شخص عن شخص فأدخل فيها التضمين لأنه ضمان ما أتلفه الشخص لغيره فيكون خلفا عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو ومن ثم يدخل فى ذلك الدية — وارش الجنايات [٤٠] وان كان البعض يدخل التضمين (التعويض) ضمن الأسباب الناقلة وهو ما نرجحه باعتبار أنه قد سبق دخول هذه الأموال فى ملك شخص سابق ، كمـا نرجح اعتبار الوصية ضمن الأسباب الناقلة للملك لا الخلفية التى يخلف فيها الشخص المـالك الأصلى بسبب مباشر كالارث وليس للمالك الأول دخل فيها •

* * *

رابعا — التولد من المملوك : من القواعد المقررة أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك ، مملوك الأصل أولى بفرعه سواء فى ذلك ما ينتج بتسبب مالك الأصل وعمله أو ما يحصل بطبيعته فنتاج الحيوانات وثمر الزرع وأمثالها مملوكة لصاحب الأصل • والأصل فى الشريعة الاسلامية أن لا يدخل فى ملك الانسان شىء ما بغير رضاه واختياره الا فى الميراث والتولد من المملوك وبعض المسائل الجزئية فى الوصية والشفعة وغيرها [٤١] • فمن القواعد الفقهية المقررة « ليس لأحد تمليك غيره بلا رضاه » كما أن الأصل أيضا فى الشريعة ألا يخرج ملك انسـان بغير اختياره ورضاه الا فى بعض الحالات كما فى الشفعة وبيع أموال

(٣٩) يراجع الحاوى القدسى ص ٢١٥ — ٢١٦ •

(٤٠) د. مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٥١ — ٢٥٢ •

(٤١) يراجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢١٧ — ٣٢٨ — الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٧ •

المدين جبرا عنه للوفاء بديونه وأخذ المضطر طعام غيره وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الأسباب الأربعة كأسباب للملك ولكن استكمالا للفائدة نعرض للمسألة الآتية :

● **حيازة الشىء المدة الطويلة** [٤٢] :

الحيازة أو وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة كسبب من أسباب كسب الملكية أو كسبب من أسباب الملك •

فالفقه الاسلامى لم يجعل الحيازة مدة طويلة أو وضع اليد مدة طويلة سببا مثبتا للملكية مهما طالت تلك المدة [٤٣] كما لم يجعل ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطا لذلك الحق [٤٤] •

ولكن الفقهاء اعتبروا المدة الطويلة سببا مانعا من سماع الدعوى عند الانكار بشروط اشترطوها فى تلك المدة مبناها الاجتهاد الفقهى وذلك سدا لباب التزوير ومنعا من الدعاوى الباطلة واجتنابا لعراقيل الاثبات ومشكلاته فقال بعضهم ان تلك المدة المانعة من سماع الدعوى هى ست وثلاثون وقيل ثلاث وثلاثون وقيل ثلاثون والأكثرون على أنها ثلاث وثلاثون أما أصل الحق فباق فى ذمة الانسان لصاحبه ويجب الوفاء به ديانة، ولذلك لو أقر الشخص بالحق فيثبت الحق بذلك الاقرار وتكون الدعوى مسموعة وينهدم مضى المدة مهما طالت [٤٥] وتبتدىء المدة المانعة

---

(٤٢) يخرج من نطاق هذه المسألة حيازة الشىء المباح أو وضع اليد عليه فلا يعتبر ذلك محلا للخلاف فى الشريعة كسبب من أسباب الملك ..

(٤٣) وهو ما يسمى بالتقادم المكسب أى سبب مكسب للملكية .

(٤٤) وهو ما يسمى بالتقادم المسقط أى سبب مسقط للحق .

(٤٥) يراجع محمد ابو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ١٦٠ — بدران ابو العينين نظرية الملكية ص ٣٢٢ د. مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٢٤٣ — هذا وقد أورد البعض اختلاف الفقهاء فى تلك المسألة (حيازة الشىء المدة الطويلة) وذكر أن الجمهور يذهب الى أنها ليست سببا للملك وأن كثيرا من المالكية يذهبون الى أنها سبب للملك اذا توافرت فيها شروط معينة وذهب =

من سماع الدعوى من وقت ثبوت الحق فى المطالبة بشرط ألا يكون هناك عذر مسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدىء من وقت زوال ذلك العذر بعد ثبوت حق المطالبة ، ومن الأعذار المسوغة لتأخير المطالبة بالحق بعد ثبوته ومن ثم تأخير ابتداء مدة التقادم — عدم قدرة صاحب الحق على رفع دعواه كأن يكون غائبا أو يكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه .

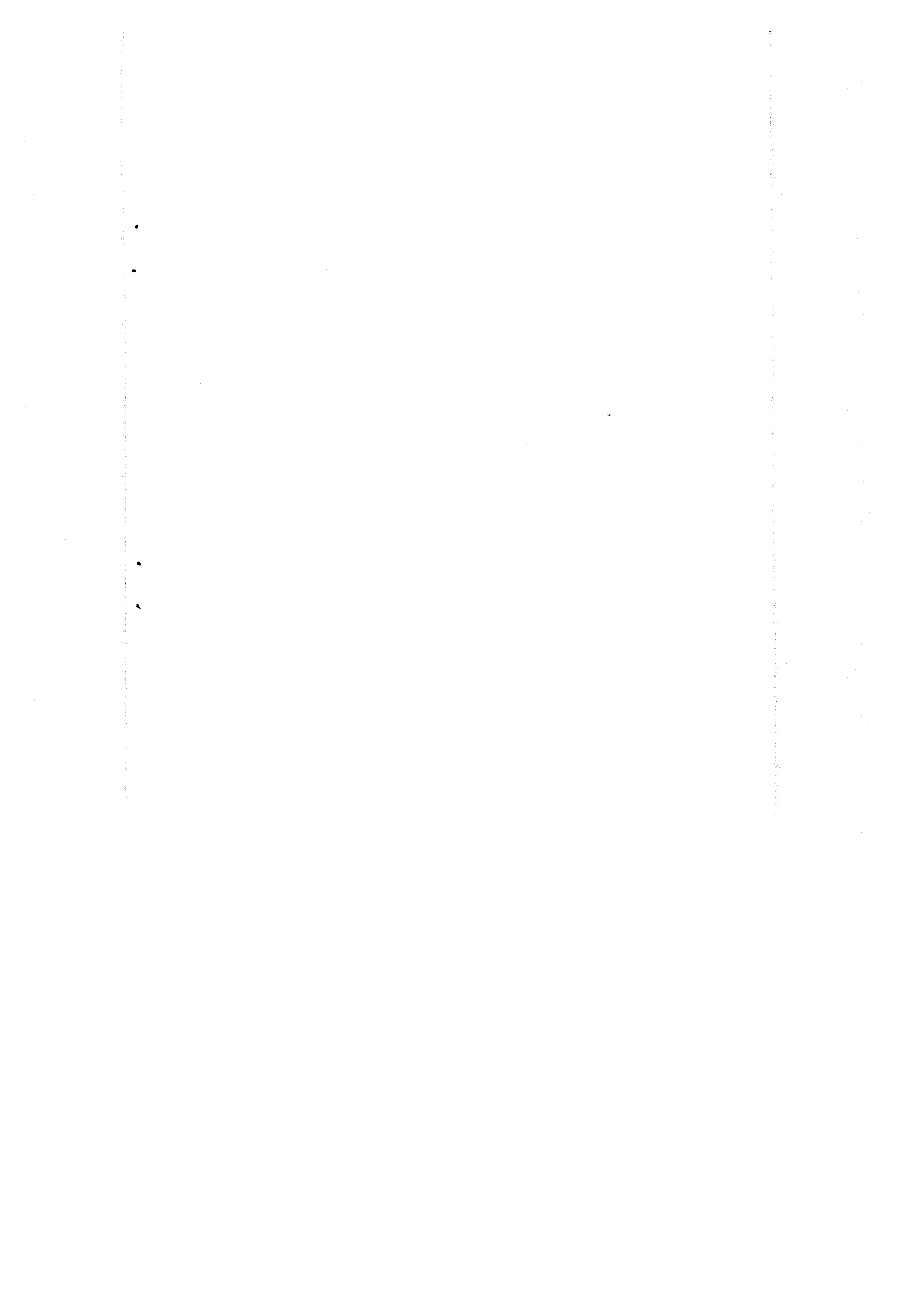
* * *

= الحنفية الى أنها تمنع من سماع الدعوى ضد الحائز ولا تثبت الملك — د. عبد السلام العبادى — الملكية فى الشريعة الاسلامية ص ٣٠ — ٣١ والمراجع المشار اليها فيه (الفروق للقرافى ج ٤ ص ٧٣ — ٧٤ تهذيب الفروق ج ٤ ص ١١٧ — ١١٨ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤١٩ — ٤٢٣ — فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢) .

الفصل الثانى

تقسيم الملك وخصائصه

- أنواع الملك باعتبار محله ٠
- أقسام الملك باعتبار صاحبه وأثره في عوامل الانتاج في الاقتصاد ٠
- أقسام الملك باعتبار صورته ٠



تقسيم الملك وخصائصه

ينقسم الملك فى الشريعة الاسلامية الى أنواع عديدة وذلك باعتبارات مختلفة ونتيجة لاختلاف وجهة النظر اليه فباعتبار محله ينقسم الى أربعة أنواع هى :

١ ـ ملك العين •

٢ ـ ملك المنفعـــة •

٣ ـ ملك العين والمنفعة •

٤ ـ ملك الدين •

وباعتبار صاحبه ينقسم الى نوعين همـا :

١ ـ ملكية خاصـــة •

٢ ـ ملكية عامة •

وباعتبار صورته أو هيئته ينقسم الى نوعين هما :

١ ـ ملكية متميزة أو مفرزة •

٢ ـ ملكية شـــائعة •

وسنتناول كل هذه الأنواع بالشرح فى المباحث الآتية ••

* * *

المبحث الأول

أنواع الملك باعتبار محله

يقصد بالمحل ما يتعلق به الملك وينقسم الملك بالنظر الى محله الى أربعة أنواع هى :

١ ــ ملك العين .
٢ ــ ملك المنفعة .
٣ ــ ملك العين والمنفعة .
٤ ــ ملك الدين .

المطلب الأول : ملك العين

هو ما يقع على ذات الشيء ومادته ويسمى أيضا بملك الرقبة . وذلك كملك الأموال المنقولة من متاع وحيوان وملك العقار . والأصل أن ملك العين يستتبعه ملك المنفعة فما شرع الملك الا للانتفاع بالعين انتفاعا مشروعا على وجه الاختصاص ولذلك لا يقبل الملك من الأعيان الا ما كان له منفعة مشروعة فما لا منفعة له أو ما كان له منفعة حرمها الشرع كالميتة والخمر والخنزير لا يقبل الملك . وقد يكون العين منفعة لم يحرمها الشرع ولكن يوجد به مانع يمنع من اباحة الانتفاع المطلق به شرعا مثل الروث وما يشبهه من الأنجاس مما أبيح الانتفاع به عند الحاجة كالانتفاع به فى تسميد الزراعة وفى هذا النوع خلاف : فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للملك فلا يملك كالشافعية وذلك لنجاسته التى أدت الى حظر الانتفاع به انتفاعا مطلقا فحظر تملكه لذلك ولكن جاز اقتناؤه للانتفاع به عند الحاجة ويسمى اقتناؤه حق اختصاص ــ ومن الفقهاء من يرى قبوله الملك ، فيجوزون تملكه كالحنفية وذلك لجواز الانتفاع به فى الجملة وذلك ما يسوغ تملكه والاختصاص به [1] ولكن قد يقتصر الملك على العين فقط أى تمتلك الرقبة دون منافعها .

---

(١) انظر : على الخفيف ــ الملكية ص ٥٢ .

وذلك فى حالتين هما :

الأولى : ملك العين التى أوصى بمنافعها بعد وفاة الموصى لمدة معينة فان ورثة الموصى لا يملكون عند وفاته الا رقبتها فقط بطريق الميراث ومن ثم ليس لهم أن ينتفعوا بها ولا أن يتصرفوا فى منافعها ما دامت فى ملك الموصى له • فاذا انتهت مدة الوصية أو مات الموصى له صارت المنافع ملكا لورثة الموصى تبعا لأصلها (٢) •

الثانية : أن يوصى بملك العين لشخص وبمنافعها لشخص آخر لمدة معينة بعد وفاة الموصى •

ويرى جمهور الفقهاء جواز الوصية بالمنافع وخالف ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر وبعض الاباضية وذلك لأنها وصية بمال الوارث اذ الوصية تنفذ عند الموت والمنافع عند الموت ملك الورثة تبعا لملك الرقبة •

ورد على ذلك بأن ملك المنفعة يستتبع ملك الرقبة اذا لم يفرد بالتمليك وهو قابل لذلك كما فى عقد الاجارة (٣) •

***

المطلب الثانى : ملك المنفعة

هو أن يكون للشخص الحق فى أن يباشر الانتفاع بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة أو بغير عوض كالعارية • فللمنتفع أن يتصرف فى تلك المنفعة تصرف

---

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٨٧ مشار اليه فى الملكية للشيخ على الخفيف ص ٥٤ .

(٣) انظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ مشار اليه فى الملكية فى الشريعة الاسلامية . د. عبد السلام العبادى ص ٢٣٦ — القواعد لعز الدين بن عبد السلام ج ٢ ص ١٤٧ — شرح النيل ج ٦ ص ١٩١ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ •

الملاك فى أملاكهم على الوجه الذى قيدت به أحكام العقد الذى استحقت بمقتضاه المنفعة (٤) .

● تكييف المنفعة :

هل تعتبر المنافع مالا متقوما يجوز التعامل فيه أم لا ؟

(أ) الشافعى ومالك يعتبرون المنافع أموالا متقومة مضمونة ويستدلون لذلك بما يأتى :

١ — أن المنافع هى المبتغاة من الأشياء ، والأشياء تقوم بمنافعها وبمقدار ما فيها من منفعة واذا كان ذلك كذلك فلا يجوز أن نسلب المالية والتقويم عما كان مناطهما والسبب فى وجودهما فى الأشياء .

٢ — أن جريان العرف بجعل المنافع عرضا ماليا ومتجرا ماليا يتجر فيه فدل هذا على أن المنافع أموالا تبتغى وذلك مثل البيوت التى تعد لاستغلالها بالسكنى وكذا الحانات (٥) .

٣ — أجاز الشرع الاسلامى أن تكون المنافع مهرا فى الزواج كما قال الله سبحانه وتعالى :

« وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . (النســاء : ٢٤)

فأجاز الفقهاء أن تكون المنفعة مهرا ودل ذلك على ماليتها .

٤ — لقد ورد العقد عليها وتصير مضمونة به ودل ذلك على اعتبارها مالا .

---

(٤) وجاء فى تهذيب الفروق ج ١ ص ١٩٣ — ١٩٥ « وتمليك المنفعة عبارة عن الاذن للشخص فى أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية ، فهو تمليك مطلق فى زمن خاص حسبما تناوله عقد الاجارة أو شهدت به العادة فى العارية .. فمن شهدت له العادة فى العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكا على الاطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة فى التصرف فى المنفعة فى تلك المدة ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » — انظر محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٧٨ .

(٥) انظر محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٥٦ ، ٥٧ .

(ب) أما الحنفية فلا يعتبرون المنافع أموالا متقومة بنفسها [٦] وانما تقومها بالعقد على خلاف القياس واستدلوا لذلك بما يأتى :

١ — ان المنافع تتجدد لحظة فلحظة أو تكسب آنا بعد آن ومن ثم لا يثبت لها التمول بمعنى صيانة الشىء واحرازه والمالية لا تثبت الا بالتمويل وعلى ذلك فالمنافع لا تعتبر أموالا .

٢ — ان المنافع قبل كسبها معدومة والمعدوم لا يعتبر مالا . لذلك كانت المنافع فى ذاتها وفى القياس لا تعتبر مالا متقوما ولكن ورد النص وجرى العرف بعقد الاجارة وما يشبهها من العقود التى ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحسانا لا قياسا وما جاء على خلاف القياس يقتصر على مورد النص لذلك كانت المنافع متقومة بالعقود لا بذاتها . الا أن الحنفية استثنوا من عدم اعتبار المنافع أموالا فى ذاتها : الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال وقالوا أنها تتقوم من غير عقد وتضمن منافع المغصوب منها [٧] .

وقد جاء فى الهداية « والمنافع قابلة للملك كالأعيان ، والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ، والأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة »[٨] .

---

(٦) انظر فى تفصيل رأى الحنفية وتوجيهه بحثنا بعنوان : من أحكام المال والنقود وصلتها بعمل البنك الاسلامى .

(٧) انظر محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٥٨ والمراجع المشار اليها فيه وهى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام للبزدوى والتقرير والتحبير على التحرير للكمال بن الهمام وشرح المنار لابن ملك وشرح الكنز للزيلعى . انظر المادة (٥٩٦) من مجلة الأحكام العدلية التى تنص على أنه « لو استعمل أحد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب لا يلزمه ضمان منافعة ..... » ولعل عدم ضمان منافع المغصوب يستند الى قاعدة الخراج بالضمان (م ٨٥ من المجلة) اذ يضمن الغاصب المغصوب اذا استهلك أو تلف أو ضاع أو غيره أو بعض اوصافه أو تناقص سعره وقيمته . المواد ٨٩١ وما بعدها من المجلة .

(٨) ج ٧ ص ١٠١ وينص مرشد الحيران على أن منافع الأعيان وحدها صالحة لأن تملك ، اذ جاء نص المادة ١٤ منه على أن « يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها سواء أكانت عقارا أم منقولا .. » .

والملك لا يقتضى الوجود كالمالية اذ هو القدرة على التصرفـات الشرعية ولا شك أنه يثبت ويرد على المنافع باجماع الفقهاء •

* * *

● **خواص ملك المنفعة :**

١ — تختلف المنـافع باختلاف الأعيان المنتفع بها فمنفعة الأرض الزراعية أو أرض البنـاء غير منفعة الزرع ومنفعة الدواب والمنازل والحوانيت • ولما كانت المنفعة تختلف باختلاف الأعيان فاستيفاؤها يختلف باختلاف المنافع فمنافع المنازل بالسـكنى والدواب بالركوب والضياع بالعمل[٩] •

٢ — يستوفى المنتفع المنفعة بحسب طبيعة العين وما أعدت له وذلك سواء بنفسه أو بغيره كمستأجر أو مستعير •

فاذا كانت العين دارا فله أن يسكن فيها أو يسكن غيره، غير أنه لا يجعل فيها حدادا ولا طحانا ولا ما يضر البناء لأن ذلك اتلاف للعين لا يتضمنه العقد ولأن مطلق العقد ينصرف الى المعتاد •

٣ — المنتفع مطالب بالمحافظة على العين المنتفع بها محافظته على ماله لكى يعيدها الى مالكها صحيحة سليمة •

٤ — ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط فى أوجه الانتفاع وفى زمان الانتفاع وفى مكانه •

٥ — اذا كانت العين ينتفع بها مع بقائها فانها تكون أمانة فى يد المنتفع فان تلفت أو تعيبت من غير تعد أو تقصير لا يضمن أما اذا هلكت بفعله وتقصيره كان ضامنا •

٦ — اذا كانت العين المنتفع بها لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها بل باستهلاكها كما فى اعارة بعض المثليات ففى هذه الحالة لا ترد العين بذاتها بل بمثلها[١٠] •

---

(٩) يراجع بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٧٤ — ١٧٥ •

(١٠) يراجع مصادر الحق ج ٦ ص ٧٦ •

٧ ــ ملك المنفعة ينتهى بوفاة المالك للمنفعة ولا ينتقل لورثته[١١] .
وينتهى أيضا بانقضاء المدة التى عين الانتفاع بها وبهلاك الشىء المنتفع به أو تعذر استيفاء المنفعة .

* * *

● **أسباب كسب ملك المنفعة :**

مما يستفاد به ملك المنفعة : الاجارة ــ والاعارة ــ والوقف ــ والوصــية .
وسنعطى نبذة موجزة عن كل عقد من هــذه العقود على أساس أن تفصيل هــذه العقود يدخل ضمن موضوعات الفقه .

١ ــ الاجـــــارة

تمليك المنفعة بعوض وهى عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة فى الذمة مدة معلومة أو عمل معلوم بعوض معلوم .

وهى لا تعطى من المنافع الا المتفق عليه فى العقد ــ وعلى ذلك فتمليك المنفعة التى تختلف باختلاف المنتفعين من غير اذن المالك سواء أكان بعوض أم بغير عوض تمليك ما لا يملك ولا يجوز بغير اذن المالك .
وعلى ذلك فللمستأجر أن يؤجر العين لغيره بشرط ألا تكون المنفعة المعينة فى العقد مما يختلف باختلاف المنتفعين على ما تقدم .

* * *

● **الضوابط الفقهية فى الاجارة :**

١ ــ أن من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة له أن يستوفى عينها أو ما دونها وليس له أن يستوفى ما فوقها استنادا الى ماسبق

(١١) يذهب جمهور الفقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية الى القول بأن المنفعة تورث وخالف الحنفية وذهبوا الى انها لا تورث .. انظر نهــاية المحتاج ٣١٢/٥ المغنى ٤٦٧/٥ ــ ٤٦٨ ــ القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٣٩ نشر دار الفكر ــ بدائع الصنائع ٢٦٧٢/٦ وحاشية الطحاوى على الدر المختار ٤٥/٤ .

ذكره فى خواص ملك المنفعة من أن المنتفع يستوفى المنفعة بحسب طبيعة العين وما أعدت له •

٢ — أن كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد استنادا الى ما سبق ذكره فى خواص ملك المنفعة من أن ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط فى أوجه الانتفاع وفى زمان الانتفاع وفى مكانه •

٣ — يجوز ايجار شىء واحد لشخصين وكل منهما لو أعطى من الأجرة مقدار ما ترتب على حصته لم يطالب بأجرة حصة الآخر ما لم يكن كفيلا له[١٢] ومن ثم يشترط أن تكون المنفعة معلومة ومتعينة وهـذا مختلف باختلاف الأعيان والمنافع المتحصلة منها وكذا يشترط أن تكون الأجرة معلومة ويؤخذ العرف والعادة فى الاعتبار لمعرفة كيفية الاستعمال والدفع وذلك كله تفريعا على ما سبق ذكره فى خواص ملك المنفعة من أن المنتفع يستوفى المنفعة بنفسه أو بغيره •

٤ — ما يصلح أن يكون ثمنا فى البيع يصلح أن يكون بدلا من الاجارة[١٣] ، فضلا عن أنه يجوز أن يكون بدلا فى الاجارة ما لا يصلح أن يكون ثمنا فى البيع كمقابلة منفعة بمنفعة أخرى كأن يستأجر السيارة فى مقابلة سكنى الدار ، ولا شك عندنا أن هذا يعطى مرونة أكبر واتساعا أشمل للاجارة •

٥ — لا يشترط أن تكون الاجرة أو بدل الاجارة معجلة ولكنها تلزم وتستقر باستيفاء المنفعة أو بالقدرة على استيفائها ، ومن ثم يلزم تسليم العين المؤجرة ، وتحسب الاجرة من وقت التسليم ، وعلى كل حال يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان فى تعجيل الأجرة وتأجيلها •

٦ — تنفسخ الاجارة اذا ما حدث عذر مانع من تحقق موجب العقد وحصوله أى فوات المنافع المقصودة وزوالها بالكلية ففى هـذه الحالة تنفسخ الاجارة كانهدام الدار مثلا •

---

(١٢) انظر المـادة ٤٣٢ من مجلة الاحكام العدلية .

(١٣) انظر الحصكفى — شرح الدر المختار ص ٤٥٨ — مطبعة الواعظ .

٧ — وتصح الاجارة بثلاثة شروط هى :

(أ) معرفة المنفعة لأنهـا المعقود عليه وتحصل المعرفة اما بالعرف أو الوصف .

(ب) معرفة الأجرة بما تحصل به معرفة الثمن .

(جـ) أن تكون المنفعة مباحة شرعا .

ويشترط فى العين المؤجرة ما يأتى :

(أ) معرفتها برؤية أو صفه .

(ب) أن يقع العقد على منفعتها دون أجزائها .

(جـ) القدرة على التسـليم .

(د) اشتمال العين على المنفعة المقصودة .

(هـ) أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها .

ويجب على المؤجر كل ما يتمكن به المستأجر من النفع .

٨ — الاجارة عقد لازم من الطرفين لأنها نوع من البيع فيترتب بمقتضاها ملك المؤجر الأجرة والمستأجر المنافع ومن ثم فليس لأحدهما فسخها لغير عيب ونحوه .

* * *

● أنواع الاجارة :

ولمـا كان المعقود عليه فى عقد الاجارة هو المنفعة فان الاجارة باعتبار المعقود عليه تنقسم الى قسمين هما :

(أ) الاجارة الواردة على العمل كاستئجار أرباب الحرف والصنائع والعملة والخـدمة .

(ب) الاجارة الواردة على منافع الأعيان كالعقارات (مثل الدور والحوانيت والأراضى) والدواب والعروض[١٤] .

---

(١٤) العروض جمع عرض بالتحريك وهى ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمتاع والأقمشـة ، أنظر المـادة (١٣) من مجلة الأحكام العـدلية .

وقد سبق أن أوضحنا أن الاجارة تمليك المنفعة وأن ملك المنفعة من أنواع الملك التى ينقسم اليها باعتبار محله وقد عرف صاحب تهذيب الفروق[١٥] « تمليك المنفعة بأنه عبارة عن الاذن للشخص فى أن يباشر هو بنفســه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية فهو تمليك مطلق فى زمن خاص حســبما تناوله عقد الاجارة أو شهدت به العادة فى العارية » ••

كما جاء فى الهداية[١٦] « والمنافع قابلة للملك كالأعيان والتمليك نوعان : بعوض وبغير عوض ، والأعيان تقبل النوعين فكذا المنــافع والجامع دفع الحاجة » •

وجاء فى مرشد الحيران[١٧] « يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها سواء أكانت عقارا أم منقولا » •

وهــذا النوع من التعامل يقع على المنقولات التى من العروض كالآلات والمعدات وذلك بطريق الاجارة التى تخول ملك المنفعة فقط لمدة معينة دون ملكية العين ذاتها التى تبقى على ملكية المؤجر •

ومن ثم ينطبق ما ســبق أن ذكرناه فى خواص ملك المنفعة ومن أهمها أن المنتفع يستوفى المنفعة بحسب طبيعة العين وما أعدت له سواء بنفسه أو بغيره •

وعند انقضاء الاجارة يلزم المستأجر برفع يده عن العين المؤجرة وليس له اســتعمالها ويلزم بتسليمها الى المؤجر دون أن يلزم بردها واعادتها اليه لما قد تحتاج اليه العين من حمل ومؤنة الا أن يتحملهــا مالك العين • هــذا فضلا عن الأحكام التفصيلية الأخرى التى تتعلق بضمان المنفعة وضمان العين والشروط التى ينطوى عليها العقد مما يحسن سرده بخصوص كل عقد على حدة •

---

(١٥) انظر هامش ٤ ص ٦٤ •

(١٦) انظر ما تقدم ص ٦٥ ، ٦٦ •

(١٧) المــادة ١٤ من مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان •

ومما يجدر بنا التنويه اليه الى أنه ليس هناك ما يمنع أن تنتهى هـذه العملية ببيع العين ذاتها الى المنتفع بها اذا اقتضت مصلحة الطرفين وحينئذ تنطبق أحكام عقد البيع العامة وتصبح الملكية ملكية تامة تشتمل على ملكية العين وملكية المنفعة بعد أن كانت ملكية ناقصة أى مقصورة على ملك المنفعة ، ولا شك أن الملكية التامة تخول للمالك سلطات أوسع فى التصرف والاستعمال والاستغلال ويشتمل هـذا النوع على أشكال وصور عديدة من الاجارة نذكر من أهمها ما يأتى :

● **التأجير التمويلى أو الاستثمارى** (Financial Leasing) :

وهى تسمية مستحدثة لمعاملات زائعة احتلت أهمية اقتصادية كبيرة فى الوقت الحاضر وبخاصة من الناحية المحاسبية والتمويلية والسياسة الاقتصادية والاستثمارية ولايجاد نوع من البدائل فى تصحيح الممارسات المـالية والاقتصادية للمؤسسات المـالية والمصرفية والمنشآت الصناعية .

والتأجير التمويلى نوع من أهم أنواع اجارة منافع الأعيان التى اتخذت أشكالا عديدة فى الممارسات العملية وضروبا متنوعة .

ويقوم التأجير التمويلى فى صورته الغالبة على عقـد بين المؤجر والمسـتأجر لاستئجار أصل معين (محل الاجارة) يختاره المسـتأجر (وغالبا ما يكون تاجرا) من صانع أو بائع مثل هـذه الأصول أو بنك للمدة المتفق عليها على أن يدفع المستأجر سلسلة من المدفوعات الى المؤجر والتى فى مجموعها تزيد عن ثمن الشراء للأصول المستأجرة أى تكفى لاستهلاك الانفاق الرأسمالى وتوفير عنصر ربح للمؤجر .

ويلتزم المستأجر باستئجار هذا الأصل للمدة المتفق عليها فالعقد فى الغالب لا يكون قابلا للالغاء الا فى شروط محددة وهـذا يخلع على الدخول فى هـذا العقد صفات القرار الاستثمارى من قبل المستأجر لأنه بمجرد توقيع العقد فان المدفوعات الايجارية المتفق عليها لا يمكن تغييرها كما لا يمكن الغاء العقد بقرارات ادارية .

وفى هـذا العقد المستأجر مسـئول عن جميع تكاليف التشغيل

مثل الصيانة والتأمين على الأصل ويأخذ فى حسبانه التقادم أو الاستهلاك السريع للأصل .

وعند نهاية المدة يكون أمام المستأجر خيارا من أحد أمور ثلاثة هى :

١ — أن يشترى الشىء بقيمته عند مباشرة هـذا الخيار .

٢ — أن يكتفى بالانتفاع عند نهاية المدة ويعيد الشىء للمؤجر الذى يستعمل سلطاته عليه .

٣ — أن يطلب تجديد الاجارة مدة أخرى تكون عادة بأجر أقل ومن ثم تخفض الدفعات الايجارية الى مبلغ رمزى .

وتحديد الفترة الايجارية يتوقف على فترة الحياة النافعة المقدرة للأصل (عمر الأصل) .

وقد تتم العملية مركبة على هـذا النحو كما قد تتم فى صورة اعتماد مصرفى بقصد التمويل[١٨] وفى هـذه الحالة الأخيرة يشترط البنك على العميل (التاجر) الذى يعين الشىء والبائع الذى يشتريه منه عدم مسـئوليته أمام « العميل » عن عدم مطابقة الشىء لحاجات العميل ولا عن تأخير البائع فى التسليم وغالبا ما يشترط البنك أيضا فى عقـد الاعتماد اعفاءه من عيوب الشىء .

واذا كان الشىء لم يحصل شراؤه فان عقد الاعتماد يتضمن وعدا من البنك بشرائه كطلب العميل ووعدا من البنك للعميل بتأجير الشىء له ووعدا من العميل باستئجاره .

وغالبا ما يشترط البنك على المستأجر أن تقع عليه مخاطر الهلاك أو التلف .

وضمانا لدين الاجرة واسترداد الشىء قد يطلب البنك كفالة أو يضع شرطا فاسخا صريحا فى العقد أو وديعة نقدية أو خطاب ضمان .

---

(١٨) انظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية د . على جمال الدين ص ٥٥٦ وما بعدها .

● **المؤجرين فى هـذه المعاملة :**

والمؤجرين فى هـذه العملية ينقسـمون الى ثلاث مجمـوعات رئيسـية(١٩) :

١ — البنوك وبيوت التمويل .

٢ — مدراء الأعمال التى تتضمن تأجير الأصول لفترات مختلفـة من الزمن .

٣ — المنتجون أو التجار الذين يلجأون للتأجير كوسيلة لتسويق منتجاتهم للعملاء .

* * *

● **تحليلنا لهـذه العملية :**

لا شك أن هـذه العملية مركبة من عدة عناصر تؤثر فى بعضها وتشكل فى النهاية نظاما اقتصاديا فريدا فى المعاملات يقوم أساسا على عقد الايجار وهو العقد الرئيسى فى هـذه العملية ولكن تسبقه عقود أخرى وقد تلحق به عقود أخرى وذلك بحسب طبيعة وظروف كل عملية .

أولا — عقد الايجار هو العقد الرئيسى :

والمؤجر فى عقد الايجار قد يكون هو المالك للعين المؤجرة وقد يكون مالكا للمنفعة فقط أو مأذونا له فيها ويجب عليه كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع بالشىء المؤجر . والمستأجر هو من يملك منفعة العين المؤجرة فقط يستوفيها بنفسه أو بغيره مدة الاجارة فقط ولا يجوز له التصرف فى العين بالبيع أو الرهن ونحو ذلك وتجب عليه الأجرة بالعقد ان لم تؤجل بأجل معلوم ، ولا يضمن التلف أو الهلاك فى العين المؤجرة الا اذا تعدى أو فرط لأنها أمانة فى يد المستأجر ، واذا وجد المستأجر العين

---

(١٩) انظر بحث المحاسبة عن التأجير التمويلى فى البنك الاسلامى — د . كوثر الأبجى — مقدم لندوة البنوك الاسـلامية ودورها فى التنميـة الاقتصادية والاجتماعية عقدها بنك فيصل الاسـلامى المصرى ٥/٣ ديسمبر ١٩٨٣ نقلا من بحث د . حسن ابو زيد المحاسبة عن ايجار الأصول الثابتة مجلة المـال والتجارة العدد ١٧٤ سنة ١٩٨٣ .

معيبة له الفسخ ان لم يزال العيب بلا ضرر يلحقه ، وعليه أجرة ما مضى لاستيفائه المنفعة فيه .

ونخلص من ذلك الى قاعـدة هامة فى شـأن التزامات المؤجر والمستأجر هى :

يجب على المؤجر كل ما يتمكن به المستأجر من النفع لأن عليـه التمكين من الانتفاع برفع الموانع فى جميع المدة[٢٠] .

ويجب على المستأجر كل ما حصل بفعله .

وكل شرط على خلاف ذلك فغير صحيح لمخالفته لمقتضى العقد .

وبناء عليه نرى أن شرط التأمين على العين المؤجرة يقع على المؤجر وليس على المستأجر لأنه من شروط التمكين من الانتفاع ، وشرط مصاريف التشغيل يتحملها المستأجر شرط صحيح لأنها من لوازم استمرار الانتفاع ، أما مصاريف الاهلاك والتجديد فيتحملها المؤجر للقاعدة السابقة .

والاجارة عقد لازم من الطرفين لأنها نوع من البيع عنـد عامة العلماء[٢١] فهى بيع ملك المنفعة مدة العقد فيترتب بمقتضاها ملك الأجرة للمؤجر وملك المنافع للمستأجر ومن ثم لا يجوز لأحدهما الفسخ لغير عيب أو نحوه ولو منع المؤجر المستأجر الشىء المؤجر كل المدة أو بعضها فلا شىء له من الأجرة ، وان عدل المستأجر قبل انقضاء المدة فعليه جميع الأجرة لأنها عقد لازم ، ومن هنا كان الشرط الوارد فى التأجير التمويلى فى عدم قابلية العقد للالغاء والتزام المستأجر باستئجار الأصل للمدة المتفق عليها صحيح شرعا .

هذا فضلا عما سبق أن ذكرناه فى خواص ملك المنفعة وضوابط الاجارة فى الفقه الاسلامى .

* * *

---

(٢٠) انظر البدائع للكاسانى ج ٩ ص ١٧٩ — الروض المربع للبهوتى ج ٢ باب الاجارة .

(٢١) وقال شريح انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لأنها اباحة المنفعة فأشبهت الاعارة .

ثانيا ـ العقود السابقة على عقد التأجير التمويلى :

قد يسبق عقد التأجير التمويلى قيام المؤجر بشراء الأصل المؤجر بقصد استغلاله بأسلوب التأجير التمويلى وذلك فى حالة عدم ملكيته لهذه الأصول اذا لم يكن منتجا لها .

ويخضع عقد الشراء أو البيع للأحكام العامة فى عقد البيع .

ولكن الأمر يبدو أكثر تعقيدا اذا تم الشراء بناء على طلب المستأجر وطبقا لمواصفاته فى الشىء المطلوب فهنا يجب الفصل بين طلب المستأجر وقيام المؤجر بالشراء ، ما لم تكن المواعدة من الطرفين أساسا لعمليتى الشراء والتأجير فهنا لا يجب الخلط بحال بين عملية البيع والشراء التى تقوم على رقبة الشىء وبين عملية التأجير التى تقوم على منفعة الشىء وما يتبع كل معاملة من أحكام تختص بها دون غيرها فالبيع والشراء نقل ملكية العين على التأبيد ، والاجارة نقل منفعة العين على التأقيت وسلطات مالك الرقبة تمتد الى التصرف فيه ذاته أما المستأجر المنتفع فلا يدخل فى سلطاته على الشىء التصرف فيه بذاته .

وبناء عليه لا يصح شرط انتفاء مسئولية المؤجر المالك للشىء عن الهلاك أو التلف بغير تعد أو تفريط من المستأجر .

ولا يصح شرط عدم مسئولية المؤجر عن تأخير البائع فى التسليم لأن التسليم من التزامات المؤجر لتمكين المستأجر من الانتفاع .

ولا يصح شرط اعفاء المؤجر من عيوب الشىء لأنه من أسباب الفسخ فى عقد الاجارة التى يخير فيها المستأجر .

أما أية ترتيبات أخرى يضمن بمقتضاها كل طرف منع حصول ضرر يحيق به فتخضع للقواعد العامة فى ضمان الضرر فى الفقه الاسلامى فكل من تسبب فى حصول ضرر تقع عليه مسئولية ضمان ذلك الضرر الواقع فعلا وبمقداره .

* * *

● **الاجارة المضافة :**

وفى هذا الصدد يهمنا أن نوضح أن الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها وهى ايجار معتبر من وقت معين فى المستقبل فمثلا : لو استؤجرت دار بكذا من الأجرة ولمدة كذا اعتبارا من أول الشهر الفلانى الآتى تنعقد حال كونها اجارة مضافة(٢٢) .

وليس لأحد العاقدين فسخها بمجرد قوله ما آن وقتها . مع ضرورة الأخـذ فى الاعتبار شرط القـدرة على التسـليم للعين المؤجرة على نحو ما سلف .

ويقول الامام الكاسانى(٢٣) فى بيان صحة الاجارة المضافة أن تعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز وعلى هـذا الأصل تبنى الاجارة المضافة الى المستقبل اذ العقد ينشأ شيئا فشيئا على حسب حدوث المعقود عليه شيئا فشيئا(٢٤) وهو المنفعة فكان العقد مضافا الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد وهو تعليل وجيه يجعل قول الشـافعى لدينا مرجوحا اذ لا يجوز عنده اضافة الاجارة لأن الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحا له اذ لابد وأن يكون محل حكم العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كأنها أعيان قائمة بنفسها واضافة البيع الى عين ستوجد لا تصح كما فى بيع الأعيان حقيقة .

ويجيب الكاسانى على حجة الشافعى بالاضافة الى ما تقدم أن اجازة الاضافة فى الاجارة دون البيع للضرورة لأن المنفعة حال وجودها لا يمكن انشـاء العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة فى بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة الى الاضافة وهـذا أولى لأن جعل المعدوم موجودا كما

---

(٢٢) انظر المـادتين ٤٠٨ و ٤٤٠ من مجلة الأحكام العدلية .
(٢٣) البدائع ج ٤ ص ٢٠٣ .
(٢٤) انظر شرح منتهى الارادات للبهوتى ج ٢ ص ٣٧٥ المكتبة السلفية.

يقول الشافعى تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا احالة فى الاضافة الى زمان مستقبل[٢٥]

* * *

ثالثا — العقود اللاحقة على عقد التأجير التمويلى :

ذكرنا فيما سبق أن المستأجر عند نهاية مدة الايجار يكون مخيرا بين أمور ثلاثة يهمنا منها هنا شرائه للشىء المستأجر .

ولصحة هــذه المعاملة لابد من الفصل بين عقد الايجار السابق وعقد البيع اللاحق بمعنى أن كلا منهما عقد مستقل بذاته يختلف معناه والغرض منه باختلاف كل عقد وطبيعته .

فعقد الايجار يقع على منفعة الشىء فقط دون عينه أو رقبته التى تظل على ملك المؤجر يكون له حق التصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الهبة على تفصيل فى ذلك ، أما عقد البيع فيقع على عين الشىء ومن ثم فلا تعارض ولهذا يجوز عند كثير من الفقهاء[٢٦] بيع عين مؤجرة أثناء مدة الاجارة لأن الاجارة عقد على المنافع فلا تمنع البيع بل ذهب البعض الى أن البيع لا يفتقر الى اجازة المستأجر وبه قال الشافعى[٢٧] وان كان العقد موقوفا فى حقه كما يذهب الى ذلك الامام الكاسانى[٢٨] حتى تنتهى مدة الاجارة .

واذا كان البيع شاملا للعين وللمنافع ولم يستثن شــيئا لم تكن المنافع ولا عوضها مستحقا للبائع لشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشترى مقام البائع فيما كان يستحقه منها هــذا اذا كان المشترى غير المستأجر .

* * *

---

(٢٥) البدائع ج ٤ ص ٢٠٣ .   (٢٦) البدائع ج ٤ ص ٢٠٧ .

(٢٧) انظر شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٣٧٦ .

(٢٨) انظر البدائع للكاسانى ج ٤ ص ٢٠٧ .

● **اذا كان المشترى هو المستأجر :**

اذا كان المشترى للشيء هو المستأجر له اجتمع على المستأجر للبائع الأجرة والثمن لأن عقد البيع لم يشمل المنافع الجارية فى ملكه بعقد التآجر لأن شراء الانســان لملك نفسه محال ولأنه ملك المنفعة بعقد الاجارة ثم ملك العين بعقد البيع فلم يتنافيا[٢٩] .

وبناء عليه فليس فى المسألة على النحو الفائت تعليق لعقد الاجارة على بيع مستقبل والا فسدت المعاملة[٣٠] ، وذلك لاختلاف معنــى العقدين ومقصودهما .

وقد اصطلح على تسمية هــذه المعاملة « بالبيع التأجيرى » أو « الشراء التأجيرى »[٣١] ولصحة هــذه المعاملة شرعا يجب ألا يتضمن عقد الايجار انتقال ملكية الأصل الى المستأجر فى نهاية مدة التعاقد التى تمثل غالبا معظم الحياة الاقتصادية للأصل وتكون غالبا كافية لاقتضاء المؤجر قيمة الأصل بالاضافة الى عائد مناسب عن فترة التعاقد .

وانما يكون المستأجر فى نهــاية مدة الاجارة بالخيار فى اقتناء الأصل بالشراء ، وبشرط الخيار يتيح هــذا النوع من التعامل للمستأجر امكانية تملك الشيء المستأجر وغالبا ما يكون آلات ومعدات ضخمة يجهز بها منشأته ، كما يتيح للمؤجر فرص توظيف أمواله بعوائد مجزية .

❋ ❋ ❋

● **البيع الايجارى أو البيع واعادة التأجير :**

يبدو لنا أن هــذه العملية غير واضحة فى كتابات الباحثين لوجود شيء من الخلط أو اللبس بينها وبين غيرها من العمليات[٣٢] .

---

(٢٩) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٣٧٦ .

(٣٠) انظر بحث الغاء الفائدة من الاقتصــاد (تقرير مجلس الفكر الاسلامى فى الباكستان) ص ٣٠ هامش ٣ قام بنشره المركز العالمى لأبحاث الاقتصــاد الاسلامى بجامعة الملك عبد العزيز .

(٣١) انظر بحث د . كوثر الأبجى ص ٨ مرجع سابق .

(٣٢) انظر د . كوثر لأبجى البحث السابق ص ٨ .

ففى الحالة السابقة وهى التأجير التمويلى تقوم العملية أساسا على علاقة ايجارية ابتداء ثم تنتهى بأحد أمور ثلاثة على نحو ما سبق منها الشراء للأصل وغالبا ما يكون ذلك فى حالة ما اذا كانت الدفعات الايجارية لا تكفى لأن يسترد المؤجر كامل الانفاق الرأسمالى الأصلى ومن ثم يسترد الباقى من خلال التصرف فى الأصل وهنا يمكن تسمية العملية بالبيع الايجارى أو الشراء الاستئجارى[٣٣] • حيث يقوم البائع ببيع الأصل بعد تأجيره وكذلك المستأجر يقوم بشراء الأصل بعد استئجاره وهنا لا يجب الخلط بين التأجير التمويلى الذى يعود فيه الأصل المستأجر الى المالك « المؤجر » وبين البيع الايجارى أى بيع الأصل بعد استئجاره وانتهاء المدة المحددة للايجار •

وهنـــاك نوع آخر من التعامل يســـمى البيع واعادة التـــأجير «Sale - lease back» [٣٤] فتحت ترتيبات البيع واعادة التأجير تقوم المنشأة المـــالكة للأصل (أراضى — مبانى — آلات) ببيع هـــذا الأصل الى مؤسسة مالية وفى نفس الوقت تعقد اتفاقا مع هـــذه المؤسسة المـــالية على استئجار الأصل لمدة محددة وتحت شروط معينة وهذا النوع من التأجير يعتبر نوعا خاصا من التأجير الاستثمارى •

وقد أطلق البعض على العمليتين البيع التأجيرى والبيع واعادة التأجير اسم « التأجير التشغيلى »[٣٥] ويقتصر أساسا على أنواع معينة من المعدات مثل أجهزة الكمبيوتر والسيارات وآلات نسخ الصور وغيرها من الأصناف المماثلة •

وهـــذا القسم من التعامل فى تقديرنا لا يجب المجازفة فيه بوضع مبادىء عامة وأصول كلية اذ يعتمد أساسا على كيفية المحاسبة ونوع النشـــاط وطريقة تحديد الثمن والقيمة الايجارية وطرق تحديد أقساط

---

(٣٣) انظر بحث الغاء الفائدة من النظام الاقتصادى سبق ذكره ص٢٨ .

(٣٤) انظر مجلة البحوث الادارية — العدد الأول أكتوبر ١٩٨٣ ص٥٤ .

(٣٥) انظر بحث الغاء الفائدة من النظام الاقتصادى ص ٢٨ .

الايجار ومن ثم يجب دراسة كل حالة على حدة بشروطها لامكان تكييفها التكييف الشرعى الصحيح وانزال الحكم الصواب •

* * *

● **التأجير الجارى أو الخدمى(٣٦) :**

وهو نوع من التأجير المستند الى عقد يستطيع المستأجر الغاءه بناء على اخطار منه الى المؤجر فهذا النوع من التأجير لا يتضمن أى التزامات ثابتة مرتبطة بالمستقبل وذلك على عكس التأجير التمويلى أو الاستثمارى حيث لا يجوز الغاء عقد الايجار من قبل أى من الطرفين طوال المدة المتفق عليها •

ولا شك أن التأجير الجارى يصطدم مع ما هو مقرر من أن الايجار عقد لازم على نحو ما سبق تفصيله • وهنا أيضا يجب دراسة كل عقد على حدة للوقوف على ما يتضمنه من شروط ومعرفة الصحيح من غيره وأثر ذلك على العقد نفســه •

واذا كان ملك المنفعة يعبر عنه بالملكية الناقصة فى الفقه الاسلامى فان لكسب ملك المنفعة أسباب أخرى غير الاجارة هى : الاعارة والوقف والوصــية •

* * *

٢ — الاعــــارة

هى تمليك المنفعة بغير عوض وهو مذهب جمهور الحنفية والشافعية وعلى ذلك يكون للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بالاعارة ما لم يشترط المعير غير ذلك ، أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين فاذا لم يشترط المعير غير ذلك وكانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفعين فلا يجــوز للمستعير أن يملك المنفعة لغير الاجارة لازم ، وبناء عقد لازم على عقد غير لازم تغيير لوصف الاعارة الشرعى وأثرها الذى اعتبره الشـــارع مقتضى لهـــا •

---

(٣٦) انظر مجلة البحوث الادارية — مرجع سابق ص ٥٤ .

أما المالكية فقد أجازوا للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بطريق الاعارة والاجارة لأن من يملك المنفعة يكون له حرية التصرف فيها مدة الاعارة بشرط ألا يضر بالعين[٣٧] . وذهب بعض الحنفية الى تعريف العارية بأنها اباحة منافع العين بغير عوض ومن ثم لا يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض[٣٨] .

* * *

٣ — الوقف والوصية

الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد وصرف منفعتها لمن أراد **الواقف** .

والوصية هى تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، ومن ثم فالوقف والوصية يفيدان ملك المنفعة ولكل من الموقوف عليه والموصى له استيفاء تلك المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض على تفصيل بين الفقهاء فى ذلك وحسبما يفيده نص الواقف أو الموصى ، وليس هنا مجال بحث وتفصيل ذلك .

ويلاحظ أن ملك العين وحدها أو ملك المنفعة وحدها أو ملك العين والمنفعة معا اذا منع مانع من كمال التصرف فيهما يسمى بالملك الناقص وهى تسمية مستحدثة[٣٩] .

* * *

---

(٣٧) انظر كتابنا فى عقد العارية دراسة مقارنة ص ٢٦ وما بعدها . هذا وقد عرفت المادة ٧٧٣ من مرشد الحيران العارية ، بأنها « تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بغير عوض » .

(٣٨) يراجع د. بدران أبو العينين — نظرية الملكية ص ٣١٤ وبحثنا المشار اليه .

(٣٩) لقد استعمل الفقهاء الحنفية وغيرهم اصطلاح الملك التام ، قال البابرتى فى شرحه على الهداية : « وانما قال ملكا تاما احترازا عن مال المكاتب فانه ملك المولى وانما للمكاتب فيه ملك اليد ، وعن مال الديون فان صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكا ناقصا .. فان لصاحب الدين أن يأخذه من غير رضاء ولا قضاء فكان ملكا ناقصا » ج ١ ص ٤٨٦،٤٨١ ، وانظر =

المطلب الثالث : ملك العين والمنفعة « الملك التام »[٤٠]

الملك الواقع على ذات العين ومنافعها معا يسمى بالملك التام وعلى ذلك يكون الملك التام هو ما يثبت على رقبـــة العين ومنفعتها ويعطى لصاحبه القدرة على التصرف فى العين والمنفعة بكافة التصرفات السائغة شرعا : وقد عرفته المـــادة (١١) من مرشد الحيران بما يأتى :

« الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة » •

● **خصائص الملك التام :**

١ — يخول صاحبه حق التصرف فى العين ومنافعها بكل وجوه التصرفات الجائزة شرعا من بيع واجارة وهبة واعارة ووصية ووقف غيرها •

٢ — يخول صاحبه حق الانتفاع كاملا غير مقيد بوجه معين من وجوه الانتفـــاع ولا بزمن ولا بحال ولا بمكان ما لم يكن ذلك غير جائز شرعا •

= حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦٣ — الدرر على الغرر ج ١ ص ١٧٢ وجاء فى البدائع « اشترط الملك المطلق فى وجوب الزكاة ج ٢ ص ٩ — انظر التعريفات للجرجانى ص ٢٠٥ ، وفى فواتح الرحموت « الملك مع خيار الرواية غير تام بعد القبض ذلك لأنه يجوز له الرد بلا قضاء ولا رضاء ج ٢ ص ٢٨١ » انظر حاشية الجمل ج ٢ ص ٢٨٨ شرح المحلى — قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٤٠ حاشية الباجورى ج ١ ص ٢٦٢ — كشاف القناع ج ١ ص ٤٢٦ — شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٤٤٥ •

(٤٠) انظر الشـــيخ على الخفيف ص ٤٥ — حاشـــية الدسوقى ج ١ ص ٤٣١ ، ٤٥٦ وقد عرف صاحب كشاف القنـــاع الملك التام بأنه « عبارة عما كان بيده لم يتعلق به حق غيره يتصرف فيه على حسب اختياره وفوائده حاصلة له » ج ١ ص ٤٢٧ ، وجاء فى قواعد الزركشى « الملك قسمان تام وضعيف والتام يستتبع جميع التصرفات والضعيف بخلافه .. وقد ضبط ابن الرفعة الملك الضعيف بما يقدر الغير على ابطاله قبل استقراره » القواعد و ٣٤٨ م •

٣ — أنه غير مؤقت أى ليس له زمناً محددا ينتهى عنده اذ لا يقبل التقييد بالزمان ولا ينتهى الا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك أو بالميراث أو بهلاك العين .

٤ — لا يجب فيه الضمان اذا أتلفه صاحبه اذ لا فائدة من هــذا الضمان سواء أكان قيميا أو مثليا ولكنه مسـئول دينيا عن اتلاف ماله وقد يعزر وقد يؤدى ذلك الى ثبوت سفهه فيحجر عليه ويمنع من التصرف فى ماله ويتولاه غيره .

* * *

المطلب الرابع : ملك الـــدين

صورته : أن يكون لشخص فى ذمة آخر مبلغ من المــال بسبب من الأسباب كثمن المبيع على المشترى وبدل القرض على مقترضه وقيمة المــال المتلف على من أتلفه[٤١] .

● ماليــة الديون :

لقد اختلف الفقهــاء فى ماليــة الديون وهل تعتبر الديون فى الذمم أمــوالا ؟

جمهور الفقهاء يعتبرون الديون أموالا لأنهم لا يشترطون فى المــال أن يكون عينا مادية يمكن ادخارها واحرازها[٤٢] .

أما الحنفية ، فانهم لا يعتبرون الديون فى الذمم أموالا لأن المــال عندهم ما أمكن حيازته واحرازه والانتفاع به انتفاعا عاديا جائز فى غير حالات الضرورة[٤٣] وعلى ذلك لا تعتبر الديون عندهم أموالا لأنها

(٤١) لا تعتبر الوديعة من قبيل ملك الدين لانها أمانة متعينة يجب على الوديع حفظها ثم ردها بذاتها ومن ثم فالوديعة من قبيل ملك العين .

(٤٢) فالمــال فى اصطلاح الجمهور « هو ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز الاقتناع به شرعا فى حال السعة والاختيار » انظر د . عبد السلام العبادى — رسالة ص ١٧٩ والتعريفات التى أوردها لمذاهب الجمهور .

(٤٣) وعلى ذلك لا يكون المــال عندهم الا عينا من الأعيان ولا تعد المنافع ولا الحقوق عندهم من الأموال والميتة ليست بمال اذ الانتفاع بها غير =

ما دامت فى الذمم فهى أوصاف شاغلة لها ولا يتصور قبضها حقيقة ، وانما يقبض ما يعادلها فاذا وفيت الديون كان المقبوض مالا لصاحبه(٤٤) .

وجاء فى فتح القدير : « والدين مال حكما لا حقيقة .. ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المـالية الحقيقية .. غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية »(٤٥) .

وانما جعـل الدين مالا حكما لحاجة النـاس اليه فى المعاملات فهو وصف حكمى يلحق بالأموال باعتبار أنه يصير مالا بالقبض(٤٦) .

* * *

= جائز فى غير حال الضرورة وان حبة البر والأرز ليست بمال لأن الانتفاع بها ان حدث ليس عاديا انظر الشيخ على الخفيف ص ٩ .

(٤٤) يراجع د . عبـد السلام العبادى المرجع السابق ص ١٨٥ والمراجع المشار اليها فيه قواعد الزركشى ، و١٣٧ — حاشـية الباجورى ج ٢ ص ٣٧١ ، ٣٧٩ ، ٣٨٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٥٧ .

(٤٥) الجزء الخامس ص ٢٥٠ .

(٤٦) حاشـية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٩ — فتح القدير ج ٥ .

المبحث الثانى

أقسام الملك باعتبار صاحبه وأثره فى عوامل الانتاج فى الاقتصاد

● مقـــــــدمة :

فى هــذا المبحث نتناول بايجاز أنواع الملك وأقسامه باعتبار المالك ، أى بالنظر الى صاحب الملك ، والملك من هــذه الناحية ينقسم الى ثلاثة أنواع هى :

١ ــ الملكية الخاصة •

٢ ــ ملكية بيت المــال أو الدولة •

٣ ــ الملكية العامة •

وهــذه الأنواع الثلاثة للملك باعتبار صاحبه ، الذى وقعت يده عليه يد ملك ، عرفتها وأقرتها الشريعة الاسلامية ، وتمثل هــذه الأنواع خاصية تنفرد بها الشريعة فى نظام الملك أو حق الملكية على ســائر نظم الملكية ، سواء فى ذلك النظريات الرأسمالية أو الاشتراكية والشيوعية ، وسوف لا نقتصر على ذكر هــذه الأنواع للملك دون محاولة بيان أثر ذلك التقسيم أو تلك الأنواع على عوامل الانتاج فى المجتمع ، باعتبار أن ابراز هــذا الأثر هو من أهم ما يفرزه ويسفر عنه تفرد المنهج الاســلامى بتقسيم أنواع الملك باعتبار المالك ، صاحب الاختصاص والتصرف الى ثلاثة أنواع •

وطبيعة الملكية فى الفكر الاقتصادى الوضعى ، تؤثر بوضوح شديد على عوامل الانتاج ، كما وكيفا ، وما يترتب على ذلك من مشاكل اقتصادية تعانى منها المجتمعات البشرية •

وسنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : الملكية الخاصة

● الفرع الأول — ملكية الشخص أو الأشخاص الطبيعيين :

هى ما كانت لفرد أو لمجموعة من الأفراد على سبيل الاشتراك ، وتخول صاحبها الاستئثار بمنافعها ، والتصرف فى محلها [١] ، وفى حال الكثرة ، يكون انتفاع كل فرد انتفاعا محدودا ، بما له فيها من حظ معلوم ، اذا تجاوزه عد معتديا على حق غيره من الشركاء[٢] •

فالأشياء قد وجدت فى بدايتها مباحة ، ثم وقع الاستيلاء على ما أمكن حيازته منها ، فصار مملوكا لمن استأثر به من الأفراد ، ونشأت فيه الملكية الخاصة •

* * *

● الفرع الثانى — ملكية بيت المـــال أو ملكية الدولة :

هى الملكية التى يكون صاحبها بيت المـــال أو الدولة بصفتها شخصا معنويا أو اعتباريا كالأموال الخاصة فى أصحابها • ويجوز لولى الأمـــر التصرف فيها من أجل تحقيق المصلحة العامة[٣] • وبيت المـــال هو

---

(١) انظر الأموال لأبى عبيد ص ٢١٣ ، ٢٢٣ ، ٢٦٨ وما بعدها • الطبرى ج ٣ ص ٣٢٥ •

(٢) انظر الشيخ على الخفيف الملكية ص ٦١ •

(٣) قال أبو يوسف : « ان تصرف الامام على الرعية فيما يتعلق بالأمور العامة منوط بالمصلحة وأنه لا ينفذ الا اذا وافق الشرع وأعظم الأمور العامة أموال بيت المـــال وقال أيضا فى طب هارون الرشيد : « ورأيت أن تتخذ قوما من أهل الصلاح والدين والأمانة فتوليهم الخراج ومن وليت منهم فليكن فقيها عالمـــا مشاورا لأهل الرأى عفيفا لا يطلع الناس منه على عورة ولا يخاف فى الله لومة لائم ... تجوز شهادته ان شهد ولا يخاف منه جور فى حكم ان حكم » الخراج ص ١٠٦ وانظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢١٧ — ٢١٩ تحرير المقـــال فى أحكام بيت المـــال قاسم الدنوشـــورى — مخطوطة ص ٩ — ١٣ مشار اليه فى رسالة عبد السلام العبادى ص ٢٥٩ •

الجهة التى تختص بكل مال يستحقه المسلمون ولم يتعين مالكه[٤] .

● موارد بيت المـــال :

قسمها علماء الحنفية أربعة أنواع هى :

١ — زكاة الأموال الظاهرة والعشر .

٢ — خمس الغنائم والمعادن والركاز .

٣ — الجزية التى تؤخذ من أهل الذمة ، وتركاتهم التى لا وارث لها ، وخراج الأراضى ، والهدية التى تصل الى الامام من أهل الحرب ، وما يؤخذ منهم من المـــال على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم ، وما يأخذ العاشر من أهل الذمة والحربيين اذا مروا عليه .

٤ — اللقطات ، وتركات المسلمين التى لا وارث لها ، أو لها وارث لا يرد عليه كأحد الزوجين ، وديات القتلى الذين لا أولياء لهم[٥] .

* * *

---

(٤) بين ابن عابدين أن أموال بيت المـــال مستحقة لعامة المسلمين استحقاقا بطريق « الملك » ، لأن من مات وله حق فى بيت المـــال لا يورث عنه — حاشية جـ ٢ ص ١٥٩ ويقول المـــاوردى : « .. وأما القسم الرابع فيما اختص بيت المـــال من دخل وخرج فهو ان كل مال استحقه المسلمون ولم يتعين مالكه منهم فهو من حقوق بيت المـــال ... لأن بيت المـــال عبارة عن الجهة لا عن المكان وكل حق وجب صرفه فى مصالح المسلمين فهو حق على بيت المـــال » . الأحكام السلطانية ص ٢١٣ — انظر أيضا الأموال لأبى عبيد ص ٤٩٩ ، ويعلق المرحوم الشيخ الخفيف على ملكية بيت المـــال وغيرها من المنشآت والجهات أن ثبوت الحقوق لها وعليها يقضى بثبوت الذمة لجهات لا حياة فيها — أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٣٧ — والشافعية والمـــالكية أثبتوا التملك لهذه الجهات فأثبتوا لها بذلك الذمة وجاء فى الفقه الشافعى أن المسجد فى منزله حر يملك وفى الفقه المـــالكى لو كان لبيت المـــال شريك فى أرض فباع شريكه نصيبه فيها فانه يحق للامام الأخـــذ بالشفعة — انظر مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٢٤٥ — نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٦ — أسنى المطالب على شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى جـ ٣ ص ٣٦٥ .

(٥) يراجع د. عبد السلام العبادى — الملكية فى الشريعة الاسلامية رسالة ص ٢٥٨ وما بعدها — حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٧٧ — الخراج لأبى يوسف .

● **مصارف أموال بيت المــال :**

وتشمل موارد بيت المــال الفيء أيضا وهو كل ما وصل من المشركين من غير قتال ولا بايجاف خيل ولا ركاب والأصل فيه قول الله تعالى :

« ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » . (الحشر : ٧)

على ولى الأمر أن يجعل لكل نوع من هذه الأنواع بيتا يخصه ، ولا يخلط بعضه ببعض لأن لكل نوع حكما يخصه [٦] ، ويصرف من مال بيت المــال الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة ، ويقول علمــاء الحنفية أن السلطان اذا منع المستحق وأعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين بحرمان المستحق واعطاء غير المستحق فيجب على الامام أن يتقى الله تعالى .

ومصرف الزكاة [٧] ذكره الله سبحانه وتعالى فى كتابه بقوله :

« انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله ، والله عليم حكيم » . (التوبة : ٦٠)

ومصرف الغنائم والمعادن والركاز بينه الله سبحانه وتعالى فى كتابه بقــوله :

« واعلموا انما غنمتم من شىء فأن لله خمسة وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ان كنتم آمنتم بالله » .
(الأنفــال : ٤١)

---

(٦) يراجع تحرير المقال فى احكام بيت المــال — قاسم الدنوشورى يحفظج ١ ص ٤٠ — ٤١ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٣٧ — ٣٣٨ مشار اليهمافى الدكتور عبد السلام العبادى المرجع السابق .

(٧) يلاحظ انه ليس كل ما يوضع فى بيت المــال ويكون قسما من اقسامه يعتبر ملكا له كأموال الزكاة فهى ملك للأصناف الثمانية المستحقين لها وليس بيت المــال الا مكانا لحفظها وتنظيم عملية الجمع والتوزيع .

ومصرف اللقطات وتركات المسلمين التى لا وارث لها وديات القتلى هو الفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منها نفقتهم وأدويتهم وتكفين موتاهم وتعقل منها جناياتهم •

ومصرف الجزية وخراج الأراضى وما يؤخذ من أهل الحرب من أموال على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم ، وما يأخذه العاشر من أهل الذمة والحربيين ، هو المصالح العامة كبناء القناطر والمساجد وكفاية القضاة والعلماء وذراريهم والصرف على طلبة العلم والعمال والمقاتلة وذراريهم ، وقد بين الماوردى [٨] أن العطاء يجب أن يكون لأهل الفىء على قدر كفايتهم ، حتى لا يتشاغلوا باكتساب المال عن جهاد العدو ، ويكونوا متشاغلين بالحرب ، والذب عن البيضة ، ومترصدين لذلك ، واذا لزم القيام بكفاياتهم فكفاياتهم تختلف من خمسة أوجه :

الأول : أن يعرف كثرة عياله وما يتحمل من مسئوليات •

الثانى : أن يعرف حاله هو من الرجال أو الفرسان •

الثالث : أن يعرف حال بلده من قرب أو بعد •

الرابع : أن يعرف خصب بلده من جدبه •

الخامس : أن يعرف غلاء السعر من رخصه لكثرة العطاء مع الغلاء ونقصه مع الرخص • فاذا كشف عن أحوالهم من هذه الوجوه الخمسة عرف قدرها فأثبتها وجعلها مبلغ أرزاقهم من غير سرف ولا تقتير ••

فلذلك يختلف قدر أرزاقهم وان وجبت التسوية بينهم فى القيام بكفاياتهم ••

* * *

(٨) الحاوى ج ٩ ص ٢٢٥ وما بعدها •

المطلب الثانى : الملكية العامة

هى ما كانت لمجموع أفراد الأمة أو لجماعة من الجماعات التى تتكون منها الأمة بوصف أنها جماعة ، دون أن يختص أو يستأثر بها أحد .

فمن الأشياء ما هو بحسب وضعه ، مصدر لانتفاع كل من دعتـه حاجته الى الانتفاع به دون الاستئثار به ، اما لكثرته ووفرته أو لتعاظمه ، كالأنهار والطرق العامة ، أو لكثرة من يقصده ، كالأراضى المتروكة حول القرى لتستعمل من قبل أهلها للرعى والحصاد وغيرهما . فهذه الأشياء تتمثل فيها الملكية العامة .

والانتفاع بالملكية العامة يكون لجميع أفراد الأمة ، أو لجماعة من الجماعات التى تتكون منها ، ويكون انتفاع الفرد على أنه فرد من تلك الجماعة ، دون أن يكون له اختصاص ولا يتجاوزه الا اذا تعارض انتفاعه مع انتفاع غيره من الأفراد ، فعند ذلك يرد الى مشاركة غيره فى الانتفاع ، على أساس من المساواة والعدل ، حيث لا يكون انتفاع أحدهما مانعا من انتفاع الآخر .

وقد أقرت الشريعة الاسـلامية الملكيـة العامة وذلك ماثل فى المساجد ، وفى الأعيان الموقوفة على جهات الخير العام ، وفيما فعله رسول الله ﷺ من قسمته غنائم خيبر نصفين ، جعل أحدهما للنوائب والوفود تفد على المسلمين . وفيما حماه رسول الله ﷺ من الأرض لخيل المسلمين التى يحملون عليها حين الغزو ، فقد حمى النقيع لهذا الغرض ، فكان للمسلمين عامة .

وفيما فعله عمر رضى الله عنه فى أرض السواد فى العراق ، وأرض مصر اذ جعلها وقفا على المسلمين ما تناسلوا ، ولم يخمسه ولم يقسمه بين الفاتحين ، وذلك ما أشار به عليه على رضى الله عنه ومعاذ بن جبل .

والملكية العامة وان كانت تتميز عن الملكية الخاصة ، الا أنها تماثلها من ناحية أنها ملكية لمجموع أفراد ، من حق كل فرد منهم أن يراقب ، وأن يحاسب وأن يرعى ، وذلك يدل عليه قول عمر رضى الله عنه : « وما من أحد الا وله فى هذا المـال حق أعطيه أو أمنعه ومن أراد أن

يسأل عنه فليأتنى فان الله تبارك وتعالى جعلنى له خازنا وقاسما »[٩] •
وقوله رضى الله عنه : « لا يترخص أحدكم البرذعة أو الحبل والقتب فان ذلك للمسلمين ليس أحد منهم الا وله فيه نصيب فان كان لانسان واحد رآه عظيما وان كان لجماعة المسلمين ارتخص فيه »[١٠] •

وهــذا ما يبرز معنى الملكية العامة فى الاسلام من أنها للأفراد المشتركين لا لهيئة بوصف أنها هيئة لها شخصية اعتبارية ، ولها ملك هذا المــال •

وكل مال صالح لأن يكون ملكا خاصا لفرد ، أو ملكا للأمة الا بمــا تحول طبيعته ، ووضعه ، أو المصلحة العامة من أن يكون محلا للملكية الخاصة ، كما فى الأنهار الكبيرة ، والطرق والجسور • فاذا زال تعلق حاجة الجماعة بشىء معين ، كالطريق العام ، فانه يجوز للحاكم المسلم أن يتصرف فيه كما يتصرف فى أموال بيت المــال ، وذلك وفق مصلحة الجماعة • فاذا حول الطريق العام فاستغنى عن موقعه الأصلى فان للحاكم أن يبيعه لحساب بيت المــال ويصبح ملكا خاصا ومثل ذلك سائر ما يستغنى عنه من الأموال العامة [١١] • وما كان ملكا عاما فانه يجوز لكل واحد من أفراد الأمة أن ينتفع به بما يتفق مع طبيعته ، شريطة عدم الاضرار بالآخرين فى هذا الانتفاع [١٢] ولا يجوز اقطاعه جملة ليمنع غيره من الانتفاع ، أما اذا أخذ منه شيئا فاستولى عليه ملكه بالاستيلاء ، ويكون الانتفاع به بما يحدثه فيه المــالك من بناء أو غراس أو زرع أو ماء يحتفره ولم يكن ليصل اليه الا باحتفاره [١٣] •

---

(٩) الطبرى ج ٣ ص ٣٢٥ •
(١٠) الأموال لأبى عبيد ص ٢٦٨ •
(١١) انظر المدخل الى نظرية الالتزام — الزرقا ص ٢٦٦ مشار اليــه دكتور عبد السلام العبادى ، الملكية فى الشريعة الاسلامية ص ٢٤٥ •
(١٢) انظر الملكية للشيخ على الخفيف ص ٦٣ •
(١٣) انظر حلية العلماء ص ٢٨٧ الحاوى للفتاوى للسيوطى ج ١ ص ٢٠٧ ، الحاوى للمــاوردى ج ٧ و ٦٨ أ — فتــاوى ابن تيميــة ج ٢ ص ٢١٥ — ٢١٧ ، قواعد ابن رجب ص ٢٠١ — ٢٠٤ — قواعد البعلى ص ٧٩ •

وأما ما كانت فيه المنفعة بلا عمل ولا نفقة فهو للناس جميعا كالمـاء والكلأ والنار وملح الجبال والمعدن الظاهر على وجه الأرض وخالف فى ذلك — أى المعدن الظاهر — بعض المـالكية وقيدوه بما لا تدعو المصلحة الى جعله ملكا عاما ، ورتبوا على ذلك أن جميع المعادن فى الأرض تعتبر ملكا عاما وان توقف ظهورها والوصول اليها الى حفر وعمل ونفقة[١٤] .

ويستدل الفقهاء بحديث الرسول ﷺ فيما أخرجه أحمد وأبو داوود وابن ماجه والبيهقى « المسلمون شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ والنار » . وفى رواية زاد : « الملح .. » فهذا الحديث يقرر أن هذه الثلاثة لا يجوز أن تكون محلا للملكية الخاصة ، ويجب أن تظل محلا لانتفاع جميع المسلمين ينتفع فيها كل واحد منهم على ألا يضر بغيره ، ودليل ذلك ما روى أن الأبيض بن جمال سأل رسول الله ﷺ أن يقطعه ملح مأرب فأقطعه اياه فقال له الأقرع بن حابس : يارسول الله .. انه كالمـاء العد بأرض[١٥] . وهو بأرض ليس بها ملح ومن ورده أخذه فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض : قد أقلتك فيه على أن تجعله منى صدقة فقال رسول الله ﷺ : « هو منك صدقة وهو مثل المـاء العد من ورده أخذه » وعلى ذلك يمنع اقتطاع مثل هذا جملة لأنه حمى وقد قضى رســول الله ﷺ « لا حمى الا لله ورسوله »[١٦] . وانما كان هذا حمى لأن المقطع اياه لا يحدث فيه شيئا تكون المنفعة فيه من عمله ولا يطلب فيه شيئا لا يدركه الا بالمئونة عليه انما يستدرك فيه شيئا ظاهرا ظهور المـاء والكلأ فاذا تحجر ما خلق الله من هذا فقد حمى لخاصة نفسه وليس ذلك له ولكنه شريك فيه كشركته فى المـاء والكلأ الذى ليس فى ملك أحد[١٧] .

* * *

(١٤) انظر الملكية للشيخ على الخفيف ص ٦٤ .

(١٥) المـاء العد الذى لا ينقطع كماء العين يراجع نيـل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٩ .

(١٦) أخرجه البخارى وأبو داوود والحاكم والبيهقى وغيرهم — نيـل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ — سنن البيهقى جـ ٦ ص ١٤٦ — ١٤٧ — سنن أبى داوود جـ ٢ ص ١٦٠ — المستدرك جـ ٢ ص ٦١ .

(١٧) يراجع الأم للشافعى جـ ٣ ص ٢٦٥ — ٢٦٦ .

● **أمثلة للملكية العامة :**

وقد عرفت الشريعة الاسلامية صورا متعددة للملكية العامة منها :

(أ) المرافق العامة وهى التى تمنع طبيعتها من أن تكون محلا للملكية الفردية كالأنهار العظيمة والشوارع والرحاب بين العمران [١٨] .

(ب) الحمى وهو تخصيص جزء أو موضـــع من الأرض التى لا يملكها أحـــد للحاجة العامة لذلك كأن تكون مرعى لخيل الجهاد وماشية الصدقة .

وقد حمى رســـول الله ﷺ النقيع فى المدينـــة[١٩] كما حمى عمر بن الخطاب رضى الله عنه الربذة والشرف .

ويلاحظ أن الحمى لا يكون الا لله ولرسوله ، بمعنى حق الحماية من الأرض الموات لا يكون الا للحاكم فقط ، فلا يجوز لأى فرد احتجاز شىء من المنافع العامة لنفسه ليختص به اختصاصا دائما .

(جـ) الأراضى الموقوفة لمصلحة المسلمين ، فقد رصد رسول الله ﷺ أرض بنى النضير ، وفدك ، ونصف خيبر ، لمصلحة جماعة المسلمين ، وكذلك فعل عمر رضى الله عنه بأرض السواد فى العراق .

* * *

المطلب الثالث : علاقة أنواع الملك الثلاثة بعوامل الانتاج

● **الفرع الأول — الملكية الخاصة :**

● **مشروعيتها :**

ان الله سبحانه وتعالى يرجع اليه ملك ما خلق ، فهو الخالق لكل شىء ومن يدعى أو يزعم غير ذلك فليرينا ماذا خلق الذين يدعون من دون الله !

---

(١٨) انظر المغنى جـ ٥ ص ٤٢٦ .

(١٩) انظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٦ .

وقد سخر الله سبحانه للانسان من موارد الثروة ما جعله صالحا ومهيأ ومعدا لأن يمارس فيه الانسان ما قرره الله له من حق التملك والملك ، ويتحقق اتصال الانسان بما تقرر له من حق شرعى بموجب الأحكام الشرعية بالعمل ، ومن ثم كان عليه أن يعمل ليتحقق مقصـــود الشارع من تقرير الحقوق ، ولا تبقى الموارد معطلة بحال ، اذ لا يجوز أن يبقى مورد من موارد الثروة معطلا فى الاسلام .

* * *

● **أدلتهـــــــا :**

لقد جاءت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية مثبتة لحق الملك للانسان ـــ فقال تعالى :

« مثل الذين ينفقون أموالهم فى سبيل الله كمثل حبة أنبتت سبع سنـــابل » . (البقـــرة : ٢٦١)

« وتجاهدون فى سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ، ذلكم خير لكم أن كنتم **تعلمون » .** (الصف : ١١)

« والذين فى أموالهم حق معلوم . للسائل والمحروم » . (المعارج : ٢٤ ، ٢٥)

« ومثل الذين ينفقون أموالهم ابتغاء مرضاة الله وتثبيتـــا من أنفسهم كمثل جنة بربوة أصابها وابل فآتت أكلها ضعفين فان لم يصبها وابل فطل » . (البقرة : ٢٦٥)

« أن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة » . (التوبة : ١١١)

« ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما » . (النساء : ٥)

« ان الذين آمنوا وهاجـــروا وجاهدوا بأموالهم وأنفســـهم فى سبيل الله » . (الأنفال : ٧٢)

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . (النساء : ٢٩)

« أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاما فهم لها مالكون . وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها يأكلون . ولهم فيها منافع ومشـــارب ، أفلا يشكرون » .

(يس : ٧١ — ٧٣)

ومن الأحاديث النبوية الشريفة أن رسول الله ﷺ قال فيما رواه أبو هريرة : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » .

(رواه مسلم ٤/١٩٨٦ ، أبو داوود ٥/١٩٦ ، الترمذى ٦/١٧٤) .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال رسول الله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فمن قالها فقد عصم منى ماله ودمه ونفسه الا بحقه وحسابه على الله » .

(رواه البخارى فى الاعتصام بالكتاب والسنة ج ١٣ ، حديث رقم ٧٢٨٤ ، ٧٢٨٥ ، ابن ماجة ١/٢٧ ، مسلم ١/٥١) .

قال ﷺ فى خطبة حجة الوداع : « فان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » .

(رواه البخارى فى كتاب العلم ١/١٥٨ ، وابن ماجة فى كتاب الفتن ٢/١٣٩٨) .

***

● دورها فى الانتاج :

لقد خلصنا فيما سبق الى أن الملكية الفردية الخاصة قائمة على أساس الاستخلاف الالهى ، والذى بمقتضاه يجب على الانسان أن يعمل ، ويباشر ما قرره الله له من حق الملك بأحد أسباب كسب حق الملكية التى أحلها الشرع ، فالعمل حق لكل شخص ، وواجب على كل قادر عليه .

والملكية الخاصة تمثل أولى أنواع الملكية التى عرفها الانسان ، والاسلام يقرها بل ويحث عليها حتى تقوم حياة الناس ، وفى الوقت نفسه حتى لا يتعطل ما خلقه الله ، وسخره ، وجعله صالحا ومعدا لكى يباشر فيه الانسان حق الملك ، ومن ثم تصبح مباشرة هذا الحق واجبا

شرعيا وفقا لأحكام الشرع ، ولعل هذا ما يدل عليه « الألف والسين والتاء » فى كلمة الاستخلاف ، اذ وضعت هذه الحروف الثلاثة فى اللغة « للطلب » ومن ثم يكون مطلوبا من الانسان أن يباشر ويستعمل حق الملك على الوجه الذى يأمر به الشرع وينظمه .

وهذا ما توجبه الفطرة التى فطر الله الناس عليها أى أن يعمل الانسان على حيازة ما يحتاج اليه ، وتقوم به حياته ، وفى نفس الوقت وفق منهج شرعى يستجيب لمقتضيات تلك الفطرة ، ويرسم لها الطريق وفق ضوابط وأحكام تعصمه من الزلل ، أو الشطط أو الانحراف ، وتأخذ به الى أكمل وأسمى حياة ، ومن هنا تكون الملكية فى الاسلام منسجمة ومحققة لمتطلبات فطرة الانسان ، وليس فقط كما يعبر به عادة من أنها « غريزة الانسان فى الحيازة والاستئثار » وهو ما ننبه اليه .

***

● الفرع الثانى — الملكية العامة :

● ضابطها الفقهى :

تتنوع الملكية العامة تنوعا واقعيا بالنظر الى ما أعدت له وقصد منها وفقا للضوابط الفقهية الآتية :

١ — الأشياء والأموال التى تمنع أو تحول طبيعتها دون أن تكون محلا للملكية الخاصة ، تعتبر من الملكية العامة كالأنهار والشوارع والطرقات والقناطر والجسور والسدود وما الى ذلك [٣٠] .

٢ — ما تعلقت به مصلحة الناس ومنافعهم وحاجاتهم العامة كأفنية المدن والميادين العامة والأراضى المتروكة حول القرى تستعمل للرعى والحصاد [٣١] والمعادن .. ونخص المعادن بشىء يسير من التفصيل

---

(٣٠) انظر الخراج لأبى يوسف ص ٩٧ ، ٩٨ .

(٣١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٢٦ وفيه تفصيل لما تتعلق به مصلحة المسلمين — الهداية وشروحها ج ٢ ص ١٣٩ .

لأهميتهـــا • والمعادن هى ما يستخرج من جواهر الأرض [٢٢] ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والبترول • وهى قسمان : ظاهرة كالملح وعيون المـــاء الظاهر والكلأ الذى ليس فى ملك أحد • وباطنة وهى التى يتم التوصل اليها بالعمل والمؤنة كالذهب والحديد وغيرهما •

ويقسمها الفقهاء أيضا الى جامدة ومائعة أو جارية كالقار والنفط والمـــاء ، والجامدة يقسمونها الى معادن منطبعة وغير منطبعة ، والمنطبعة بالنار كالحديد والرصاص وغير المنطبعة كالكحل والتراب والأحجار •

● ملكيـــة المعادن :

اختلف الفقهاء فى ملكية المعادن باختلاف أنواعها وباختلاف أنواع الأرض التى توجد فيهـــا هل هى أرض مملوكة أم أرض لبيت المـــال أم أرض مباحة • والمعادن الموجودة فى أرض تابعة أو مملوكة لبيت المـــال تعتبر مملوكة له ، وأمرها الى ولى الأمر حســـبما تقتضيه مصلحـــة المســـلمين[٢٣] •

أما المعادن الموجودة فى غير الأرض المملوكة لبيت المـــال فقد ذهب المالكية فى المشهور الى أنها ملك عام تتعلق به مصالح جميع المســـلمين ، يفعل فيها ولى الأمر ما يراه مصلحة لهم[٢٤] • وهو ما نرى رجحانه بحسب ظروف زماننا وشدة حاجة الناس الى ما يصلح أحوالهم وتعلق مصالحهم به •

---

(٢٢) انظر فى تفصيل القول منها الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٩٧ والأبى يعلى ص ٢٣٥ مغنى المحتاج جـ ١ ص ٣١٤ •

(٢٣) أورد اتفـــاق المذاهب على ذلك ابن عابدين فى حاشـــيته ج ٢ ص ٣١٢ — الشافعى فى الأم ج ٣ ص ٢٦٨ — ابن رشد فى المقدمات الممهدات ج ١ ص ٢٢٥ •

(٢٤) انظر فى تفصيل ذلك حاشية الدسوقى ج ١ ص ٤٨٧ — بلغة السالك ج ١ ص ٢٢٩ وما بعدها — ابن رشد المقدمات الممهدات ج١ ص ٢٢٥ •

أما المعادن الموجودة فى الأرض المملوكة فذهب الحنابلة فى الأظهر وبعض الشافعية الى أن المعادن الجارية كالقار والنفط والمــاء لا تملك بملك الأرض لأنها ليست من أجزاء الأرض[٢٥] .

والمعادن الظاهرة فى الأرض المباحة اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة والحنفية على أنها لا تملك بالاحياء ولا يجــوز اقطاعها لأحــد من الناس[٢٦] . أما المعادن الباطنة فذهب الشافعية فى الصحيح والحنابلة فى ظاهر المذهب الى أنها لا تملك بالاحياء [٢٧] .

٣ — ما خصص لمنفعة من المنافع العامة بناء على ما يراه ولى الأمر محققا للمصلحة العامة ، ومثاله الحمى والقاعدة فيه أنه لا حمى الا لله ولرسوله[٢٨] ، ومن ثم للحاكم وولى الأمر وهو : تخصيص جزء من الأرض لمصلحة عامة وعرفه الباجى بقوله : « هو أن يحمى موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك ، كماشية الصدقة والخيل التى يحمل عليها »[٢٩] .

وقد حمى الرسول ﷺ النقيع فى المدينة وحمى عمر بن الخطاب الربذة والشرف ، ورصد الرسول ﷺ أراضى بنى النضير ، وفدك ونصف خيبر لمصلحة المسلمين ، ووقف عمر أرض السواد فى العراق لمصلحة أجيال المسلمين المقبلة[٣٠] .

---

(٢٥) انظر المغنى ج ٣ ص ٤٢٣ ، منتهى الارادات ج ١ ص ١٩٣ ، ٥٤٣ ، المجموع ج ١١ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢٦) انظر المغنى ج ٥ ص ٤٢٢ — الأم ج ٣ ص ٢٦٥ — ٢٦٦ ، البدائع ج ٦ ص ١٩٤ — الأموال لأبى عبيد ص ٣٩٨ .

(٢٧) المهذب ج ١ ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ — المغنى ج ٣ ص ٥٦ .

(٢٨) أخرج ابو داوود والحاكم والبيهقى وغيرهم عن الصعب بن جثامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : « لا حمى الا لله ولرسوله » ، المستدرك ج ٢ ص ٦١ — نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٤٦ .

(٢٩) شرح حدود ابن عرفه ص ٤١٠ .

(٣٠) انظر الأموال لأبى عبيد ص ٣٨١ .

ويظل هذا النوع من الملك العام كذلك ما دام مخصصا لما أعد له من المنافع العامة وتزايله هذه الصفة بزوال تخصيصه لهذا الغرض •

***

● **دور الملكية العامة فى الانتاج :**

يتضح لنا مما تقدم فى ضوابط الملكية العامة أنها تشتمل على ما يسمى بمشروعات البنية الأساسية للانتاج فى المجتمع ، كالطرق والقناطر والجسور وما الى ذلك من المرافق العامة ، ولا شك أن هذه لازمة لدوران حركة مشروعات الملكية الخاصة فى الدولة •

كما أنها تشتمل على ما تتعلق به مصالح الناس وحاجاتهم العامة كالأراضى المتروكة حول القرى أو المناطق الصناعية ، وهذا النوع من الملكية العامة لا غنى عنه فى دورة انتاج الملكية الخاصة وملكية الدولة فى نفس الوقت •

أما النوع الثالث وهو ما يجب تخصيصه ، باستمرار وحسب حاجة الناس من مرافق وأراضى ، فيدل على ضرورة رعاية ولى الأمر له ، وتبعه لما يحقق النفع العام ، والعمل على تحقيقه سواء بالنسبة لما يحقق النفع العاجل أو الآجل وهو ما تكشف عنه التخطيط السليم لعملية الانتاج فى الدولة •

***

● **الفرع الثالث — ملكية الدولة أو بيت المال :**

سبق القول ان بيت المال هو الجهة التى تختص بكل مال يستحقه المسلمون ، ولم يتعين مالكه ، وله موارده ومصارفه المالية وهو ما عبر عنه الماوردى[٣١] بقوله :

« •• فيما اختص ببيت المال من دخل وخرج •• »

---

(٣١) الأحكام السلطانية ص ٢١٣ — أنظر ايضا الخراج وصنعة الكتابة — قدامه بن جعفر المتوفى ٣٣٧ هـ — مخطوط بدار الكتب المصرية — مشار اليه فى اقتصاديات النقود للدكتور أبو بكر الصديق وشوقى شحاته ص ١٠٨ .

وان كانت موارد بيت المـال أو الخزانة العامة للدولة تختلف باختلاف العصور ، وما عليه حال المسلمين من ضعف أو قوة ، الا أنها متعددة ومتنوعة ويجب أن يتولاها الأكفاء الأمناء(٣٢) ، وكانت تخضع لنظام محاسبى ومستندى دقيق(٣٣) .

والأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة غير معدة للاستعمال العام كالأراضى الزراعية والمشروعات التجارية والصناعية وغيرها وهى ما يعبر عنه فى الأنظمة والقوانين الوضعية « بالدومين الخاص » بالاضافة الى الموارد الأخرى لبيت المـال والسابق ذكرها وكل مورد من الموارد بحسب الأصل له مصرف يخصه ومنها أرزاق الموظفين والعاملين(٣٤) وشق الترع والطرق وصيانتها وما الى ذلك وكل ذلك مما يستلزم انفاقا من الدولة وبيعا واقطـاعا واجارة واسـتغلالا(٣٥) ، كل ذلك وفقا لمقتضـيات المصلحة العامة(٣٦) .

---

(٣٢) انظر فى تفصيل ذلك الخراج لأبى يوسف ص ١٠٦ .

(٣٣) فى تفصيل ذلك انظر التنظيم المحاسبى للأموال العامة فى الدول الاسلامية . رسالة ماجستير سنة ١٩٧٦ ومحمود لاشين — نهاية الأدب فى فنون الأدب للنويرى ج ٨ — مشار اليه فى اقتصاديات النقود ص ١١٣ سـبق ذكره .

(٣٤) وقد بين المـاوردى أن العطاء يجب أن يكون على قدر الكفاية وأن اختلفت باختلاف الأعباء العائلية وحال المعطى ومستوى الأسـعار وانتهى الى ما نعتبره قاعدة بقوله : « فلذلك يختلف قدر أرزاقهم وان وجبت التسوية بينهم فى القيام بكفاياتهم » .

(٣٥) انظر الملكية للشيخ الخفيف ص ٦٧ .

(٣٦) يروى أن أبا جعفر المنصور — الخليفة العباسى الثانى — كان يتفقد الديوان فوجد المخزون من القراطيس — ورق الكتابة — كثيرا فسايره ذلك مطلب بيع الزائد عن الحاجة ولكنه عدل لخوفه من قيام أحداث تمنع وصـول القراطيس من مصر الى عاصـمة الخلافة فى بغـداد . انظر الوزراء والكتاب للجهشيارى ص ١٣٨ المتوفى سنة ٣٣١ هـ مشار اليه فى اقتصاديات النقود ص ١١٠ — سبق ذكره .

وثابت مما تقدم أن ملكية الدولة الخاصة تتصرف فيها الدولة تصرف الأفراد فى ملكيتهم الخاصة ولكن وفقاً لما يحقق مصلحة الناس جميعا ويكفل لها القيام بكفايتهم .

* * *

● **خلاصـــــة :**

نخلص مما سبق فى أنواع الملك باعتبار صاحبه الى أن الملكية فى الاسلام ثلاثة أنواع على قدم وساق ، كل نوع يجب أن يؤدى دوره فى الانتاج فى المجتمع ، وان اختلف نطاق كل نوع من الملك بما يتلاءم مع قواعد وضوابط الشرع التى تهدف الى تحقيق مصالح الناس ، فالملكية الخاصة لها وسائلها وأسبابها ، وضوابط لاكتسابها واستعمالها واستغلالها وانتقالها ، والملكية العامة لها ضوابط لوجودها ونطاقها ، وملكية الدولة لها أسبابها ووسائلها وضوابط لاستعمالها واستغلالها ، ومصارفها دون افتئات من أى نوع من الملكية على الآخر ، وبذلك تكتمل دورة الانتاج فى المجتمع وفقا لهذه الأنواع الثلاثة من الملكية ، فلا شك أن الانتاج المتحقق من ثلاثتها ، أكثر وأفضل من المتحقق من احداها فقط ، أو من اثنين منها فقط ، واذا نظرنا الى الأنظمة الاقتصادية التى تقوم على نوع رئيسى وغالب من الملكية نجدها تحاول — وان كان ذلك بقدر — الأخذ من النظام الآخر بما تصلح به بعض مشاكلها الناجمة عن غلبة نوع واحد من الملكية .

* * *

المبحث الثالث

أقســام الملك باعتبــار صورته

المطلب الأول : الملكيــة المتميزة أو المفــرزة

وهى ما كان محلها معينا ومحددا بشىء معين وتشمل جميع أجزائه وذلك كملكية شخص لدار بأكملها أو لقطعة أرض محددة .

* * *

المطلب الثانى : الملكيــة الشــائعة

هى ما تعلقت بجزء نسبى غير معين . من مجموع الشىء مهما كان ذلك الجزء صغيرا أو كبيرا وذلك نتيجة اشتراك فيه دون افراز فكان كل جزء مملوكا لأكثر من شخص بنسب معينة كربع وثلث ونصف . وهذا ما يسميه الفقهاء بالحصة الشائعة فى الشىء المملوك المشترك وذلك لشيوع هذا الجزء النسبى وانتشــاره فى جميع أجزاء الشىء المشترك فكان كل جزء منها مهما صــغر غير مختص بأحد من الشركاء بل تتعلق به ملكياتهم جميعا[1] .

والشيوع لا يقتصر على الأعيان بل يشــمل الديون أيضا وهو ما يسمى بالدين المشترك[2] الذى ينشأ لأشخاص متعددين فى ذمة آخر بسبب واحد كما لو باع اثنان لآخر شيئا مشتركا بينهما أو أتلف هــذا

---

(١) انظر الشيخ على الخفيف — الملكية ص ٦٧ .

(٢) انظر د . مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العــام ص ٢٦٢ وما بعــدها .

شيئا مشتركا فالثمن فى حالة البيع ، والقيمة[٣] فى حالات الاتلاف يكون دينا مشتركا لهما فى ذمة الآخر .

والشيوع قد يحصل بأى سبب من أسباب الملك ، ولكل واحد من الشركاء أن يتصرف فى حصته بما لا يضر ببقية الشركاء وبغير اذن الشريك .

* * *

● **انقضاء الشيوع بالقسمة :**

القسمة هى افراز وتعيين الحصة الشـائعة وقد تتم بالتراضى أو بحكم القاضى . القسمة هى الطريق لازالة الشيوع من المـال المشترك واختصاص كل شريك بقسم متميز[٤] .

فاذا لم يتفق الشركاء على طريقة للانتفاع بالمـال المشترك وطلب أحدهم القسمة يقسم بينهم اذا كان قابلا للقسمة فاذا أبى أحد الشركاء القسمة أجبرته عليهـا المحكمة اذا كان الشىء المشترك متحد الجنس مما لا تتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا سواء أكان مثليا كالمكيلات والموزونات أو قيما كالأرض الزراعية والدور الكبيرة . فان اختلفت أجناس الملك المشترك وكانت القسمة تسمح باعطاء كل شريك جنس بتمامه كما فى الدور المختلفة الموقع أو المختلفة البناء فلا يجبر الآبى على القسمة فى الملك ويحتم بالانتفاع المشترك — بطريق المهايأة[٥] .

* * *

---

(٣) يفرق الفقهاء بين القيمة والثمن — فالقيمة هى : العوض الحقيقى الذى يساويه الشىء بين الناس . أما الثمن فهو البدل الذى يتفق عليـه المتبايعان للمبيع سواء أكان أقل من قيمته الحقيقية أو أكثر .

(٤) يراجع د . مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ص ٢٦٤ .

(٥) يراجع د . بدران أبو العينين : نظرية الملكية والعقود ص ٣٥٢ — مشار فيه الى المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى للأستاذ محمـد شلبى ص ٣٥٦ ، ورد المختـار ج ٥ ص ١٦٦ وشرح الأتاسى على مجـلة الأحكام العدليـة .

● **قســمة المهاياة :**

المهايأة : هى قسمة المنافع وقد تكون زمانية أو مكانية : والمهايأة الزمانية هى : أن يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المــال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم •

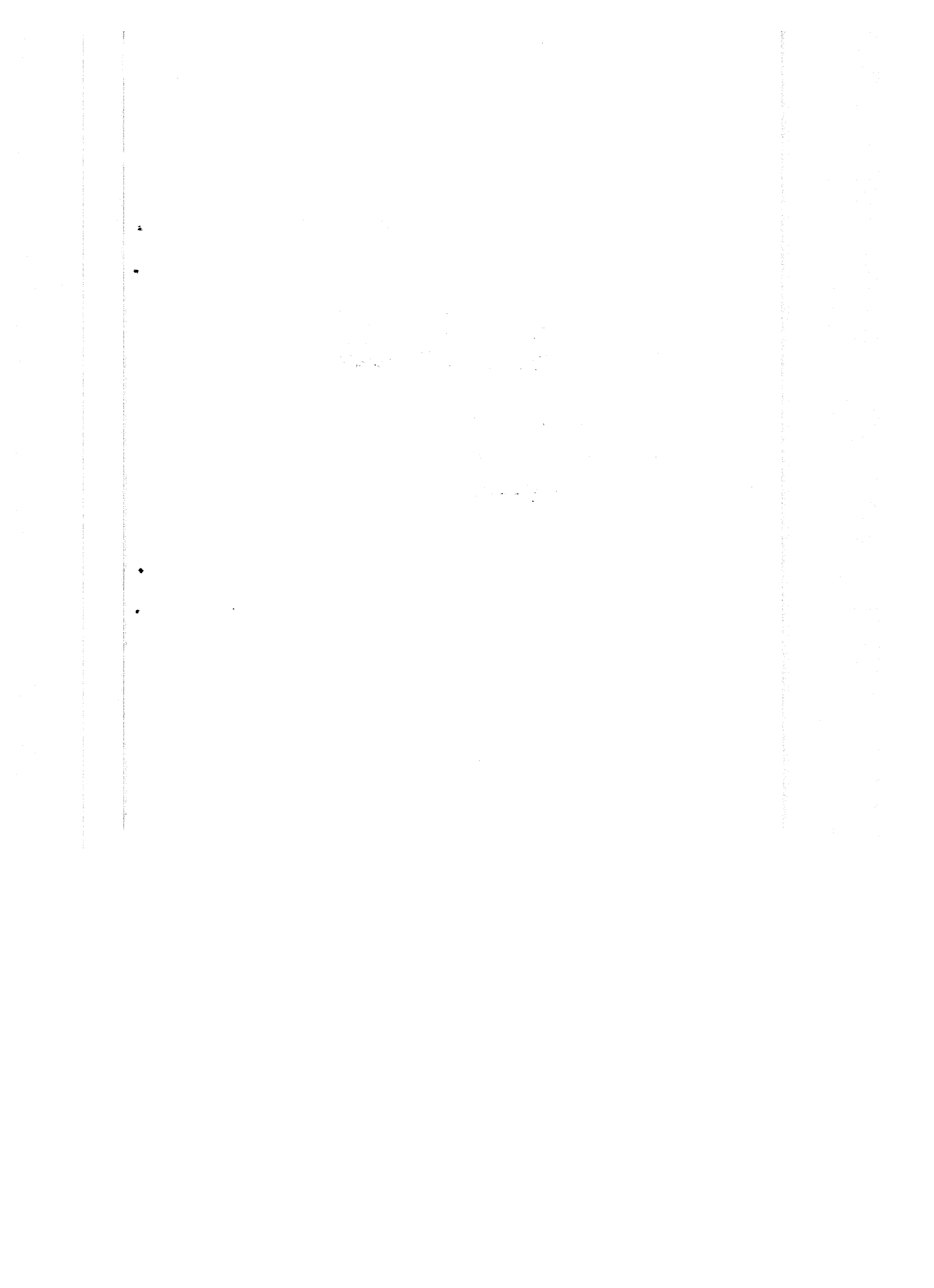
والمهايأة المكانية : هى أن ينتفع كل شريك بجزء معين من المــال المشترك بنسبة حصته ومن ثم ينتفع به جميع الشركاء معا فى وقت واحد • أما الديون المشتركة فلا تتأتى فيهــا ازالة الشيوع ما دامت فى الذمة وانما يمكن ذلك فيما يقبض منها وذلك بتقسيمه بعد قبضه بين الدائنين المشتركين فيه •

* * *

الفصل الثالث

الفرق بين الإباحة والتمليك وبين ملك المنفعة وحق الإنتفاع

- الفرق بين الاباحة والتمليك ·
- ما الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ·



المبحث الأول

الفرق بين الاباحة والتمليك

قد تطلق الاباحة ويراد بهـا اذن المالك لغيره باستهلاك الشيء أو باستعماله على وجه مشروع دون أن يتملك المباح له العين أو المنفعة[1] فهى دون التمليك وهـذا هو المعنى الخاص للاباحة • وليس للمباح له أن يتصرف فى العين أو المنفعة المباحة فليس له أن يبيعها أو يبيحها لغيره • والاباحة ترخيص قابل للرجوع فيه متى شاء المبيح فلو أباح انسان لآخر أن يأكل من طعامه أو من ثمره لا يملك المباح له شيئا من الطعام أو الثمرة، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره اذ لا يملك التمليك أو الاباحة الا المالك والمباح له ليس بمالك • وقد تطلق الاباحة ويراد بها اباحة الشارع للانسان أن ينتفع أو أن يتملك • وعلى ذلك فاباحة الشارع قد تكون للانتفاع فقط كما فى الطرق والجسور وقد تكون للتملك كمـا فى جواز احراز وتملك المباحات العامة التى لم تدخل فى ملك خاص ولم يمنع الشارع تملكها كالصيد فى الهواء والسمك فى المـاء والعشب فى الفلاة واذا وجد الاحراز بشروطه المشروعة كان سـببا للملك كما تقـدم • والاباحة العامة على هذا النحو تثبت للمباح له حقا فى الانتفاع أو التملك لا يجوز أن يمنع منه وهذا غير حق ملك المنفعة أو العين •• ومما تقدم نخلص الى أن الاباحة الخاصة لا تكون سببا للملك بحال ولا تخـول الا الانتفاع ، بينما قد تكون اباحة الشارع ـ الاباحة العامة ـ سـببا للملك أو الانتفاع[2] وعلى ذلك فالاباحة غير الملك •

* * *

---

(1) وقد عرفها الزركشى بأنها « تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة ولا تمليك فيها » القواعد و ٣ أ وعرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها « الترخيص والاذن لواحد أن يأكل أو يتناول شيئا بلا عوض المادة رقم ٨٣٦ .

(2) يراجع الفروق للقرافى حيث فى عبارات صريحة « بين ملك أن =

* * * * * * * * * * *

= يملك » بين من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، والأول كمن ملك أن يملك اربعين شاة او يتزوج أو ملك أن يملك خادما أو دابة فهؤلاء جميعا لا يملكون فلا يجب على الأول الزكاة وعلى الثانى الصداق والنفقة ولا على الثالث التكلفة والمؤونة والثانى من جرى له سبب كما فى حيازة الغنيمة بالنسبة الى المجاهدين وفى بيت المال بالنسبة الى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك » ج ٣ ص ٢٠ — ٢١ .

المبحث الثانى

ما الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ؟

سبق القول بأن الاباحة بالمعنى الخاص هى اذن وترخيص بالانتفاع وفى صورها الأخرى من الشارع اذن وترخيص بالتملك ، فعندما تكون الاباحة متعلقة بالانتفاع فقط كما فى الاباحة الخاصة وكما فى اباحة الشارع الانتفاع بالطرق والمراعى وغيرها فانها — الاباحة — تؤدى الى قيام حق الانتفاع • وعندما تكون بصدد اباحة الشارع بالتمليك أو غيرهامن أسباب ملك المنفعة أو العين فانها تؤدى الى قيام ملك المنفعة • وعلى ذلك فالفرق بين الاباحة والتمليك يؤدى الى الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وقد فرق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة بين ملك المنفعة وحق الانتفاع • ومن أحسن ما قيل فى الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ما قاله القرافى فى الفروق[1] • فتمليك الانتفاع عبارة عن الاذن للشخص فى أن يباشر هو بنفسه فقط الانتفاع كالاذن فى سكنى المدارس والجلوس فى المساجد والجوامع والأسواق والبيعات فى المضايف •• ونحو ذلك فلمن اذن له فى ذلك أن ينتفع بنفسه فقط ويمتنع فى حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره فى بيت من دار الضيافة •

وتمليك المنفعة : عبارة عن الاذن للشخص فى أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة أو بغير عوض كالعارية فهو تمليك مطلق فى زمن خاص حسبما تناوله عقد الاجارة أو شهدت به العادة فى عقد العارية • وفى الجملة له أن يتصرف فى هذه المنفعة تصرف

---

(١) الجزء الأول ص ١٩٣ — ١٩٥ .

الملاك فى أملاكهم بالوجه الذى قيدت به أحكام العقد الذى استحقت بمقتضاه المنفعة[٢] .

* * *

● أسباب ملك المنفعة وحق الانتفاع :

ملك المنفعة ينشأ كما سبق أن أوضحنا من عقد مملك كما فى الاجارة والاعارة[٣] والوصية والوقف . أما حق الانتفاع فيثبت بأحد سببين :

١ — كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كافة كالأنهار والترع التى تشقها الدولة والطرق غير المملوكة ، وكذلك ما خصص لمنفعة فريق من الناس كالمدارس والمصحات ونحوها .

فكل ما يتعلق بهذه الأشياء من الحقوق انما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

٢ — اباحة المنفعة من مالك خاص دائمـا فقد سبق أنها تفيد رخصة واذنا لا تملكا .

* * *

---

(٢) انظر محمد أبى زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٧٨ راجع أيضا كشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٢ — شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٧٥ مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) هناك خلاف بين الفقهاء حول العارية فهل هى تفيد ملك المنفعة أم اباحة المنافع فذهب جمهور الحنفية والمالكية الى أنها تفيد تمليك المنفعة بغير عوض وذهب الشافعية فى الأصح والحنابلة فى الراجح والكرخى من الحنفية الى أنها اباحة للمنافع فليس فيها الا تمليك الانتفاع .

الفصل الرابع

أهم خصائص الملك

- **الأصل فى الملك**
- **ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت ، وملكية المنافع الأصل فيها التوقيت .**
- **ملكية الأعيان لا تقبل الاسقاط .**
- **الملكية الشائعة فى الديون المشتركة لا تقبل القسمة .**



المبحث الأول

الأصل فى الملك

أولا — الأصل فى الملك أنه استخلاف الهى وأن يكون جامعا لكل صور الانتفاع والتصرف فى الشىء المملوك ، وأن يكون مقصـــورا على صـــاحبه :

وهـــذه الخاصة هى جوهر الملك وموضوعه ، وبحسب أنواعه تتعدد صور الانتفاع بالأشياء المملوكة ، ويظهر ذلك جليا فى الملكية التامة • أما بالنسبة الى الملكية الناقصة ، فان هـــذه الخاصية تتحدد تبعا لمـــا اذا كانت ملكية عين فقط أو ملكية منفعـــة فقط • وبحسب ما اذا كانت شاملة لجميع منافع العين المتعلقة بها أو مقصورة على بعضها ، والانتفاع بالشىء استعمالا وتصرفا ليس مطلقا ، وانما هو مقيد بقيود حددتها الشريعة ، سنتحدث عنها ان شـــاء الله تعالى ، والمزايا والسلطات التى تخولها الملكية مقصـــورة على صاحب الملك « المالك » — فالأصل أن يســـتأثر صاحب الملك بجميع مزاياه ، ويمنع غيره أن يشـــاركه فيها ، وفى حـــدود مقتضاه ، اذ أن الشريعة الاســـلامية قد قيدته بمـــا شرعته من حق المشاركة فى بعض المنافع ، اذا ما اشتدت حاجة الغير الى ذلك ولم يلحق صاحبه ضرر من هـــذه المشاركة[1] •

* * *

ثانيا — الملك فى الاسلام موجه بأوامر الله ونواهيه :

ليست الملكية فى الاسلام الا نوعا من الخلافة عن المالك الحقيقى لكل ما على ظهر الأرض وما وصلت اليه يد الانسان • وأن اختصاص الانسان بشىء من المـــال انما هو نتيجة سبق يده اليه وثمرة عمله وذلك ما يضع الملكية على العموم فى نطاق حدود أوامر الله ونواهيه وارشاداته

---

(١) انظر الملكية — الشيخ على الخفيف — ص ٦٩ •

التى أراد بها مصلحة الناس جميعا فردا أو جماعة وبذلك لا تكون الملكية حقا مطلقا وانما حقا مقيدا ، ومن ثم يكون لولى الأمر منع الاحتكار ونزع ملك الفرد لمصلحة الجماعة ، وعلى ذلك فقد أقرت الشريعة الاسلامية نظام الملكية فكان فيما فرضته على الناس فى أموالهم وفيما ندبت اليه من انفاق دلائل على ذلك وآيات المواريث وبيان أنصباء الورثة ودلالة واضحة على الملكية واقرارها وتوجيهها(٢) .

يقول الامام الكاسانى(٣) :

« حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لأحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق ، وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة » .

والملكية فى الاسلام موجهة بأوامر الله ونواهيه(٣) وهو ما أسماه الفقهاء « قيود الملكية » فى كل أنواعها وسواء أكانت ملكية تامة شاملة للرقبة والمنفعة ، أو ملكية ناقصة .

فملكية المنفعة مثلا قابلة للتقييد بالزمان والمكان وأوجه الانتفاع(٤) ، بما يشترط من شروط فكما قال الرسول ﷺ : « المؤمنون عند شروطهم » (رواه أبو داوود)

وفى ذلك دلالة قاطعة على حرص الشرع على تحقيق مصالح الناس وجلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم .

* * *

ثالثا — ملك العين يستتبعه مبدئيا ملك المنفعة (الملكية التامة) :

تملك العين يستلزم ملك المنفعة ، سواء أكان ذلك حالا أو مآلا(٥) ، فملكية الأعيان ليست مقصورة لذاتها وانما لمنافعها ، وعندما أجاز الشرع

---

(٢) البدائع ج ٨ ص ٤٠١٢ مطبعة الامام بالقاهرة .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك قيود الملك فى الفصل الخامس .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك المغنى ج ٥ ص ٥٠١ — تبيين الحقائق ج ٥ ص ٨٧ — القوانين الفقهية ص ٢٣٨ — المهذب ج ١ ص ٤١٠ .

(٥) انظر د . مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٢٦٩ .

ملكية العين دون منفعتها فى صورتى الوصية كما سبق ، انما كان ذلك على سبيل التأقيت ، اذ بعد فترة تعود المنفعة تستتبع ملكية العين(٦) . فالوصية فى كثير من أحكامها قائمة على سبيل التسامح ، تشجيعا على أعمال الخير فى آخر العمر ، والملكية التى تثبت على أشياء لأول مرة تكون غالبا ملكية تامة ، شاملة للرقبة والمنفعة ، وكما سبق فان هذه الملكية هى التى تثبت بأسباب الملك المنشئة ، كما فى الاستيلاء على المباح ، ثم تنتقل بعد ذلك بأسباب الملك الناقلة ، اما عينا ومنفعة أو احداهما ، وعلى ذلك يمكننا القول :

(أ) أن الملك الناقص لا يثبت غالبا بالسبب المنشىء .

(ب) أن الملك التام — الرقبة والمنفعة — يثبت بالأسباب المنشئة والأسباب الناقلة .

(جـ) أن الملكية الناقصة قد تكون مسبوقة بملك تام .

وفى هذا الخصوص ، يرى فضيلة الشيخ على الخفيف ، أن ملك المنافع لا يستند الى ملكية تامة فى محل الملك ، وذلك كحق الشرب ، وحق المرور ، وحق المسيل ، فان هذه الحقوق قد تثبت وتستقر على الأرض المباحة باستعمالها فى هذه الحقوق ، دون أن يسبق تملكها بالاستيلاء عليها .. كما اذا أحيا شخص أرضا معينة ، وهى محاطة بأراض موات ، جعل منها طريقا الى أرضه ، أو مسيلا لها ، فانه بذلك يتملك تلك الحقوق عليها ، دون أن يسبق تملك رقبتها(٧) .

ويخالف د . عبد السلام العبادى فضيلة الشيخ الجليل فيما ذهب اليه بقوله :

« الواضح أن ملك الشخص لهذه الحقوق — بعض حقوق الارتفاق السابق ذكرها ، قد جاء تبعا لتملكه للأرض التى أحياها ، فالمنافع التى

---

(٦) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٤١٩ — رد المحتار ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٧) الملكية ج ١ ص ٨٠ .

ملكها فى هــذه الحال تابعة لرقبة الأرض المحياة ، فالانتفاع بها لا يكون كاملا الا بثبوت هــذه الحقوق »[٨] .

ونرى أن ما ذهب اليه د . عبد السلام العبادى لم يقصده فضيلة الشيخ الجليل كما هو واضح من عبارته ، اذ الثابت أن الأرض المحياة غير الأرض التى تثبت عليها حقوق الارتفاق ، فالأخيرة أرض موات ، جعل منها المالك طريقا الى أرضه المحياة ، أو مسيلا لمائها ، فكأنه فى هــذه الحالة قد ملك من المنافع ما لا يســتند الى ملكية تامة ســابقة على نفس الأرض التى تثبت عليها حقوق الارتفاق . اذ المقصود أن يستتبع ملك العين ملك منفعتها ، أى منفعة نفس العين لا عينا أخرى كما هو الحال فى المثال الذى ضربه الشيخ .

* * *

رابعا — الأصــل فى الملكيــة الشائعــة فى الأعيان المــادية قابليتها للتصرف الا لمــانع[٩] :

ان التصرف فى بعض الشىء المملوك جائز ، كالتصرف فيه كله ، فيصح بيع الحصص الشــائعة ، والصلح عنها ، والوصية بها ، ووقفها ، ويستثنى من ذلك الأصل ثلاثة عقــود هى : الرهن والهبة والاجارة . فالرهن يشترط فيه قبض المرهون ، واستمرار حبسه فى يد المرتهن ، ومن ثم يعتبر مانعا من حق الرهن فى الحصة الشــائعة .

أما الهبة فيرى فقهاء الحنفية أنها اذا كانت على حصة شائعة من مال قابل للقسمة ، فانها لا تصح فيها ، اذ يشترط لتمام الهبة التسليم والقبض ، وهــذا مانع من صحة الهبة فى الحصة الشائعة ، ما دام المــال قابلا للقسمة ، ومن ثم لا يكتفى بالتسليم الناقص . أما اذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال غير قابل للقسمة . كأن تضره القسمه مثلا فانها

---

(٨) الملكية — رسالة — القسم الأول ص ٣٧٦ للدكتور عبد السلام العبــادى .

(٩) انظر د . مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٧٧ .

تصح ، لأنه يكتفى بالقبض الناقص اذا تعذر التسليم الكامل • فيتسلم الموهوب له الحصة الموهوبة ضمن الكل ، ويصبح شريكا فى ملكية العين مع صاحب الحصة الأخرى •

والاجارة منعها فقهاء الحنفية فى الحصة الشائعة ، اذا كان الشيوع مقارنا للعقد • أما اذا طرأ الشيوع فانها صحيحة فى حصة الشريك العاقد ، طبقا لقاعدة « يفتقر فى البقاء ما لا يفتقر فى الابتداء » •

وذلك كما لو أجر أحد الشريكين جميع العقار المشترك عن نفسه ، وفضوليا عن شريكه ، ثم رفض الشريك العقد ، فان الاجارة تبقى صحيحة فى حصة الشريك العاقد[١٠] •

* * *

(١٠) يرى د . مصطفى الزرقا أن الهبة والاجارة لا يظهر مانع من صحتهما فى المشاع وحلول الموهب له او المستأجر محل الواهب أو المؤجر فى الحصة الشائعة — المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش •

المبحث الثانى

ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت
وملكية المنافع الأصل فيها التوقيت

فاذا ثبتت ملكية العين بأحد أسبابها الشرعية ، فانها تثبت دائمة ، ما لم يطرأ عليها سبب ناقل للملك ..

وقد أثبت الرسول ﷺ الملك الدائم فى العمرى [١] على ما يراه جمهور الفقهاء .

أما ملكية المنافع دون الأعيان ، فالأفضل فيها التوقيت ، كما فى الاعارة والاجارة ، ولكن هذا التوقيت اذا كان فى عقد معاوضة كالاجارة ، كان ملزما للمالك ليس له أن يرجع عنه ، لأنه بمثابة بيع المنفعة مدة معينة ، وهذا ما صرح به الفقهـاء فى الاجارة من أنها نوع من بيع المنافع ، فى مقابل بيع الأعيان ، أما اذا كان التوقيت لملك المنفعة فى عقد تبرع ، كالاعارة فليس ملزما للمالك ، ويكون للمعير أن يرجع عن الوقت الذى حدده للمستعير ، الى وقت أقصر ، أو يرجع عن الاعارة أصلا ويسترد العارية متى شاء [٢] .

* * *

---

(١) العمرى بضم العين والألف المقصورة وهى أن يهب انسان لآخر شيئا مدى عمره ، على أنه اذا مات عاد الشىء للواهب أو لورثته من بعده ، ويرى جمهور الفقهاء أن الملك يثبت بها للموهب له ، ولا قيمة لشرط التوقيت ، فاذا مات الموهوب له ، ورث ورثته الشىء كأمواله الأخرى ، واحتج الجمهور بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « العمرى جائزة لأهلها » أخرجه مسلم عن جابر وأبى هريرة ، وقد ذهب الامام مالك الى أنها تمليك للمنفعة وهى جائزة ورقبتها تعود الى مالكها بعد انتهاء الانتفاع بها — الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ — فيض القدير جـ ٤ ص ٣٩٢ ، ٣٩٣ — نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥ ، ١٨ ..

(٢) خلافا لمالك اذ يرى أن الاعارة اذا كانت مؤقتة لا تنتهى الا بانتهاء مدتها كما أنه فى الوصية بالمنفعة فان انتفاع الموصى له بالمنفعة بعد موت =

. . . .

= الموصى انما يعتبر شرعا على حساب ملك الموصى لا على حساب ورثته فاعتبر المـــال الموصى بمنفعته محبوسا علـــى ملك المورث المتوفى فى حـــق المنفعة الموصى بها — انظر الدر المختار ورد المحتار جـ ٥ ص ٤٤٢ : ونظرا لمـــا قد يترتب على رجوع المعير قبل فوات مدة العارية من ضرر للمستعير ، فصل الفقهاء القول فيها : ففى صورة الزرع لا يحق للمعير استرداد الأرض قبـــل استحصاد الزرع ، وفى صورتى الغراس والبنـــاء يحق للمعير أن يرجع فى أى وقت شـــاء لأن الغرس والبنـــاء ليس لهما أمد ينتهيان اليه ، ولكن اذا كانت الاعارة مؤقتة فرجع المعير قبل فوات الأجـــل الذى ضربه للمستعير الغارس أو البانى ، فيحق للمستعير تضمين المعير مقدار تفاوت قيمة البنـــاء والغراس بين وقت القلع وانتهـــاء المـــدة التى كانت مضروبة للاعارة — انظر د . مصطفى الزرقا المدخل الفقهى العـــام جـ ١ ص ٢٧٤ — وكتابنا عقد العارية دراســـة مقارنة .

المبحث الثالث

ملكية الأعيان لا تقبل الاسقاط

بينا فيما تقدم أن ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت ، فهل تزول بالاسقاط أو الاعراض من جانب المالك[1] .. ؟

يذهب جمهور الفقهاء[2] الى أن ملك الأعيان لا يسقط بالاسقاط ، ولا بعدم الاستعمال ، ويظل على ملك صاحبه لو أسقطه أو أعرض عنه ، والأصل فى ذلك أن الاسلام منع السائبة وما يشبهها ، مما كانت تعتاده العرب فى الجاهلية وذلك لقوله تعالى :

« ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب ، وأكثرهم لا يعقلون » . (المائدة : ١٠٣)

ولكن هناك تفصيل فى مذاهب الجمهور يستثنى بعض الحالات :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن ترك بعض الأعيان لا يسقط ملكيتها ، ولكنه يعتبر اذنا للغير بالانتفاع بها .

وذكر الشافعية أنه لو قال عند ارسال صيده أبحته لمن يأخذه .. حل لآخذه أكله ولا ينفذ تصرفه فيه لأنه لا يملكه .

---

(١) المراد بالاسقاط الخروج عن الملك لا الى مالك ، والمراد بالاعراض ترك الملك دون استعمال واستفادة — انظر د . عبد السلام العبادى — الملكية القسم الأول ص ٣٧٧ هامش ٢ .

(٢) الحنفية بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٩٣ الشافعية فى الأصح الأم ج ٢ ص ٢٦٤ — ٢٦٦ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢٦ ، ١٢٧ — الحنابلة فى الراجح — المغنى ج ٥ ص ٤١٦ ، ٤١٧ ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، سحنون وابن بشـاط من المالكية ، الفروق وحاشـيته ج ٤ ص ١٨ ، ٢٠ — تهذيب الفروق ج ٤ ص ٤١ ، ٤٣ وأكثر الامامية — شرائع الاسـلام ج ٢ ص ١٤٠ والروضة البهية ج ٢ ص ٢٧٥ .

كما استثنى العلمـــاء ملكية الرقيق ، فأجازوا اسقاطها بالعتق ، واستثنى بعضهم الوقف[٣] .

واستثنى الحنابلة : الدواب ، اذا تركها صـــاحبها فى صحراء أو مسبعة ، مما يعد تركة فيها مهلكة لها . وقد بين الزركشى حكم الاعراض عن الملك ، وبين ضابطه : فان كان ملكا لازما ، لا يبطل بالترك ، كأن يترك أحد الورثة نصيبه فى الميراث ، فلا يزول ملكه بذلك . وان كان الملك دينا فلا يزول الا بالابراء وان كان الملك غير لازم بل ثبت له حق التملك صـــح الاعراض والترك . واستثنى حالات يزول فيهـــا الملك بالاعراض ، كالمحقرات كسرة خبز والحجارة الملقاة بين الأزقة وتركت رغبة عنها [٤] .

أما جمهور المـــالكية [٥] فقد فرقوا بين حالتين هما :

(أ) ما يثبت من الملك بالأسباب الفعلية ، كما فى الصيد والاحياء فان الملك يزول بزوال هذه الأسباب [٦] .

(ب) ما يثبت من الملك بالأسباب القولية،كما فى البيع فانه — الملك — لا يسقط الا بسبب ناقل نظرا لقوة الأسباب القولية لكونها مبنية على ملك سابق [٧] .

* * *

---

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٨ .

(٤) انظر قواعد الزركشى ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ مشار اليه فى د. عبد السلام العبادى المرجع السابق القسم الأول ص ٣٨٠ — أنظر حاشية الباجورى جـ ٢ ص ٥٦ ..

(٥) الفـــروق جـ ٤ ص ٤١ ، ٤٣ — المغنى لابن قـــدامة جـ ٥ ص ٤١٦ — ٤١٧ ..

(٦) وهذا المذهب يجد سنده فى قول رسول الله عنه : « ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنوات » .

(٧) انظر الهداية جـ ٨ ص ١٣٨ — فقد ذهب بعض الحنفية بخصوص الأرض المحياة الى ما ذهب اليه جمهور المـــالكية ..

المبحث الرابع

الملكية الشائعة فى الديون المشتركة لا تقبل القسمة

سبق أن أوضحنا أن الدين قد يكون مشتركا ، اذا نشأ لأشخاص متعددين بسبب واحد ، فى ذمة شخص آخر ، أما اذا لم يكن سبب الدين واحدا ، كان دين كل دائن مستقلا عن الآخر ، واذا كان الدين مشتركا ، فان ما يقبضه أحد الدائنين يقسم بين شركائه ، فيأخذ كل منهم حصته منه .

أما اذا كان الدين غير مشترك ، فيستقل كل دائن بما يقبضه من الدين عن دينه [1] .

* * *

---

(١) هناك تفصيل فقهى فى حالة ما اذا اشترى أحد الشركاء فى الدين المشترك من المدين شيئا بحصته فى الدين وحالة ما اذا صالح المدين عن حصته ، انظر د . مصطفى الزرقا المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها .

الفصل الخامس

قيود الملكية وضوابطها

- ضوابط الملكية المستندة الى حقيقة الملك ومعناه ٠
- ضوابط تتعلق بملك الغير وحقوقه ٠
- القيود الاستثنائية أو الطارئة ٠

قيود الملكية [1] وضوابطها

سبق أن أوضحنا أن الملكية نوع استخلاف ، ومنة من الله على عباده ، ولكنها ليست مطلقة بل موجهة بأوامر الله ونواهيه ، ومن ثم يتعين على المستخلفين أن تكون تصرفاتهم فى حدود تلك الأوامر والنواهى ، وطبقا لتوجيهات الشرع •

ويحسن بنا أن نذكر مجموعة من المبادىء الأساسية ، تعتبر بمثابة الضوابط لنظام الملكية فى الشريعة الاسلامية ، وأساسا لنظامنا الاقتصادى •

● أصول كلية :

١ ـ الملكية الفردية فى الاسلام مصونة بلا حظر ، ولا حد لما يملكه الانسان من مال طبقا لقواعد وأحكام الشرع الاسلامى ، فى بيانه لأسباب الملك المشروعة ، والأسباب التى يمنع التملك عن طريقها ، وفى بيانه لضوابط التصرف فى المال والانتفاع به ، وفى حرصه على مصلحة جماعة المسلمين فى نفس الوقت ، والحاكم المسلم يراقب ذلك كله ، فتفاوت الناس فى الدخول والثروات لا يمنعه الاسلام •

٢ ـ أقر الاسلام الملكية العامة فى الأموال التى تتعلق بها حاجات مجموع أفراد الأمة ، كما أقر ملكية الدولة كذلك كما سبق بيانه •

٣ ـ عمل الاسلام على عدم تركيز الثروة فى أيدى قلة من الأفراد بعدة وسائل منها :

---

(١) القيد فى اللغة : يطلق على ما يعقل الشىء فيمنع خروجه وفوته أو دخول شىء عليه . انظر تاج العروس جـ ٢ ص ٤٧٩ ـ ٤٨٠ والقيد فى استعمالات الفقهاء هو الأمر المخصص للأمر العام ـ انظر كشاف اصطلاحات الفنون جـ ٢ ص ١١٧٨ •

(أ) نظام الميراث .

(ب) الزكاة .

(جـ) الانفاق والصدقات فى سبيل الله .

(د) تحريم كنز الأموال وحبسها عن أن تكون عنصرا من عناصر الانتاج ، وبصفة عامة عن أن تؤدى دورها فى حفظ حياة الناس وقوتهم [٢] .

٤ — الملكية فى الاسلام ليست وسيلة للبطر ، والترف ، والسرف ، والتبذير ، والاستغلال ، والتسلط ، والاضرار بالغير .

٥ — خول الاسلام للحاكم المسلم سلطات واسعة فى مراقبة وتنفيذ قواعد الشرع التى تنظم حياة الناس ، وتحقق فى ضوء ما تقدم جميعه نعرض قيد وضوابط الملكية على النحو التالى :

— المبحث الأول : ضوابط مستندة الى حقيقة الملك ومعنـــاه ، وتشتمل على :

المطلب الأول — ضوابط تتعلق بأسباب التملك .

المطلب الثانى — ضوابط تتعلق بســـلطات المـــالك فى التصرف والانتفـــاع .

— المبحث الثانى : ضوابط تتعلق بملك الغير ، وتشتمل على :

المطلب الأول — حقوق الارتفاق .

المطلب الثانى — حقوق الجوار .

— المبحث الثالث : قيود عارضة أو طارئة (مدى سلطة الحاكم المسلم فى تقييد حق الملكية) .

* * *

---

(٢) يقول الله تعالى : ((**والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم**)) (التوبة : ٣٤) ومن الانفاق استثمـــار الأموال .

المبحث الأول

ضوابط الملكية المستندة الى حقيقة الملك ومعناه (1)

المطلب الأول : الضوابط التى تلحق أسباب التملك

سبق أن بينا الأسباب الشرعية للتملك ، وعلى ذلك فليس كل سبب يحصل به الملك يكون مشروعا ، فهناك من الأسباب مالا يثبت بها ملك ، وهى ما منعتـــه الشريعـــة وحرمته ، فحرمت التملك عن طريق السرقة والغصب ، والربا ، والرشـــوة ، والقمـــار ، والخــــداع ، والغش ، والاحتكـــار ، والتغرير ، والاتجـــار فى الخمر والخنزير وغيرها من المحرمات .

كما منعت كل طريق يجعل من الملكية وسيلة للظلم ، والاضرار بالناس ، وأكل أموال الناس بالباطل . وفى ذلك يقول الله تعالى :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » (البقرة : ١٨٨)(2)

وقد بين شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله أن المحرمات قسمان :

١ — محرم لعينه كالنجاسات من الدم والميتة .

٢ — ومحرم لحق غيره وهو ما جنسه مباح من المطاعم والنقـــود وغير ذلك ، وهذا القسم تحريمه يعود الى الظلم ، لأنها انما تحرم لسببين :

---

(1) راجع ما سبق أن أوضحناه فى بيان شرعية الملك ، ومعناه ، حتى يتضح وجه الارتباط الشديد بينهما ، وبين القيود الواردة فى هذا المبحث .

(2) انظر فى تفسير هذه الآية القرطبى ج ٢ ص ٣٣٨ — أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٩٧ — ٩٨ ، ص ٤٠٨ — ٤٠٩ فى ظلال القرآن ج ٥ ص ٣٣٧ — ٣٣٨ — أنظر احياء علوم الدين للغزالى ج ٢ ص ١١٧ — ١٢٠ فقد بين أنواع المـــال المحرمة .

أحدهما : قبضها بغير طيب نفس صاحبها ، ولا اذن الشارع ، وهذا هو الظلم المحض كالسرقة والخيانة والغصب .

الثانى : قبضها بغير اذن الشارع أو اذن صاحبها وهى العقود والقبوض المحرمة كالربا والميسر ونحو ذلك [٣] .

* * *

المطلب الثانى : الضوابط التى تتعلق بسلطات المـالك فى التصرف والانتفاع

الثابت من تعريف الملك كما سبق بيانه أنه يخول صاحبه مكنـة التصرف والانتفاع .

فامتلاك الأموال ليس مقصودا لذاته ، بل لمـا تحققه الأموال من فوائد ومصالح فى حياة الناس [٤] .

وقد نظمت الشريعة الاسلامية كيفية استعمال المـال والانتفاع به ، كما نظمت طرق التصرف فيه ، وهذا ما نتناوله فيما يلى :

● الفرع الأول — ضوابط استعمال الملك والانتفاع به :

لقد منع الاسلام الترف والتبذير والاسراف وأيضا منع التقتير ، فنهى عن الأكل والشرب فى آنية الذهب والفضة ، وعن لبس الرجال للحرير والذهب [٥] .

---

(٣) الفتاوى ج ٢ ص ١٦٤ — ١٦٧ .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك التوضيح لصدر الشريعة ج ٣ ص ١٧٨ ، قواعد الزركشى : د ٣٣٤ أ — ب — مشـار فى رسالة د . عبد السلام العبادى — القسم الثانى ص ٧١ ، القرافى فى الذخيرة ج ٧ — ص ٢٨٣ .

(٥) انظر فى الاحاديث الواردة الدالة على ذلك فى شرح النووى لصحيح مسلم ج ١٤ ص ٢٧ وما بعدها ، وتفسير القرطبى ج ٧ ص ١٩٦ وما بعدها ، وج ١٣ ص ٧٣ — قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٢ ، ص ١٦٧ طبعة دار الجيل .

فالترف مذموم فى القرآن وفى السنة ٠ يقول الله تعالى :

« وأصحاب الشمال ما أصحاب الشمال ٠ فى سموم وحميم ٠ وظل من يحموم ٠ لا بارد ولا كريم ٠ انهم كانوا قبل ذلك مترفين » ٠

(الواقعة : ٤١ — ٤٥)

وأخرج الامام أحمد عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ لما بعثه الى اليمن قال له : « واياك والتنعم فان عباد الله ليسوا بالمتنعمين »[٦] ٠

والاسراف والتبذير هو ما جاوز القصد والحد فى النفقة :

« ٠٠٠٠ واياك والتنعم فان عباد الله ليسوا بالمتنعمين »[٧] ٠

وفى ذلك يقول شيخ الاسلام ابن تيمية : « فالانسان ليس له أن يصرف المال الا فيما ينفعه فى دينه أو دنياه وما سوى ذلك سفه وتبذير نهى عنه الله سبحانه وتعالى :

« وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيرا » ٠

(الاسراء : ٢٦)

ولذلك قرر الفقهاء أن السفه يوجب الحجر ، على تفصيل ذلك بينهم مبسوط فى كتب الفقه[٨] ٠

ومن ناحية أخرى حثت الشريعة على العمل والكسب وعلى استثمار الأموال وانمائها ، وعدم كنزها أو اضاعتها[٩] ٠ فالأمة القوية هى التى تتمتع باقتصاد قوى ، وكما يقول صاحب مغنى المحتاج « وقيام الدين يتوقف على أمر الدنيا »[١٠] ٠

---

(٦) مسند الامام أحمد ج ٥ — ص ٢٤٣ ٠

(٧) انظر التعريفات للجرجانى ص ١٨ ٠

(٨) انظر كتابنا « ضوابط العقود فى الفقه الاسلامى » — التوضيح لصدر الشريعة ج ٣ ص ٢١٧ — القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٣٤٠ — حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ج ٢ ص ٢٦٥ — المغنى ج ٤ ص ٣٤٣ ٠

(٩) انظر فى طرق استثمار الأموال بحث د. محمد عبد الله العربى ، المؤتمر الثانى لمجمع البحوث ص ١٣٠ — ١٣٤ ٠

(١٠) الجزء الرابع ص ٢١٣ ٠

كما منعت الشريعة التقتير فقال تعالى :

« ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك » • (الاسراء : ٢٩)

وقال تعالى : **« والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا »** •
(الفرقان : ٦٧)

والتوازن بين الحالين عدم الاسراف وعدم التقتير هو قوام حال الأمة والأفراد والمنهج المنشود فى الشرع •

* * *

● **الفرع الثانى — ضوابط التصرف فى الملك :**

التصرف أحد عناصر الملك ، كما سبق بيانه فى تعريف الملك ، والضوابط التى تتعلق بهـذا الشق من عناصر الملك سنعرضهـا فى حالتين :

١ — ضوابط التصرف فى الملك حال حياة المـالك •

٢ — ضوابط التصرف فى الملك لمـا بعد وفاة المـالك وبعدها •

أولا — ضوابط التصرف فى الملك فى حياة المـالك :

١ — الرضا أساس التصرفات الا ما استثنى :

تقرر النصوص الشرعية أن الأساس فى انتقال الملك فى حيـاة الشخص هو الرضا ، سواء أكان تجارة أو تبادل أموال أو هبة ••• الخ » •

وفى ذلك يقول الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » • (النساء : ٢٩)

ويقول سبحانه :

« وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » • (النساء : ٤)

وعنه ﷺ أنه قال : « انما البيع عن تراض » وقال : « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه »[١١] .

ولذلك منعت الشريعة كل ما يؤثر على الرضا والاختيار ويعيبه ، كالاكراه ، والغلط ، والتدليس بكل صوره ، ووضعت القيود على تصرفات الصبى ، وذوى الغفلة والمعتوه ، والسفيه ، كما وضعت قيودا للتصرف فى الملك فى حالة مرض الموت ، على تفصيل فى ذلك مبسوط فى كتب الفقـــه [١٢] .

ومما يتعلق بالرضا كأصل مقرر شرعا القيود الارادية التى ترد على الملك سواء أكانت تلك القيود بارادة منفردة أو عقدية وهو ما نتناوله فيما يلى :

٢ — القيود الارادية :

هى ما كان لارادة المـــالك الدور الأساسى فيها ، سواء أكانت تلك الارادة منفردة ، أو مرتبطة بارادة أخرى وهى ما تسمى « بالارادة العقـــدية » .

(أ) الارادة المنفردة وتقييدها للملك :

يتمثل ذلك فى التبرع بمنفعة العين المملوكة ، كلها كما فى الاعارة ، أو ببعضها ، كعدم تعلية بنائه عن حد معين .

وفى حكم التبرع اختلف الفقهاء : فالجمهور يرونه غير ملزم ،

---

(١١) سنن البيهقى ج ٦ ص ١٧ و ٩٧ وما بعدها — سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٣٧ .

(١٢) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا « ضوابط العقود فى الفقه الاسلامى » ويستثنى من هذا الأصل نزع الملك للمنفعة العامة وبيع القاضى أموال المدين المفلس للوفاء بديونه ، والحكم على الشخص بالنفقات الواجبة عليه شرعا .

خلافا للمالكية على الراجح عندهم من أن التبرع ملزم للمالك [١٣] وذلك فيما عدا النذر اذ يجمع الفقهاء على لزومه .

(ب) التعاقد وتقييده للملك :

ونخص بالذكر هنا أربع صور لأهميتها هى :

(١) حالة بيع منفعة العين المملوكة لفترة معينة كما فى الاجارة .

(٢) حالة رهن العين المملوكة .

(٣) حالة انشاء حقوق ارتفاق جديدة على خلاف بين الفقهاء فى جواز ذلك [١٤] .

(٤) ملكية الشقق أو الطبقات لفترة قيام العقار .

كما تتمثل القيود العقدية فى الشروط المقترنة بالعقد والتى تقيد آثاره وأحكامه ، سواء أكانت لمصلحة أحد المتعاقدين أو لمصلحة الغير ، وهذا النوع من الشروط محل تفصيل واسع فى كتب الفقه [١٥] .

٣ — حالات نزع الملكية على خلاف الأصل :

الأصل هو أن تكون ملكية الشخص مصونة ، ولا تنتقل الى غيره فى حياته الا برضاه ، وفى ذلك يقول الامام الشافعى : « لا يزول ملك المالك الا أن يشاء ولا يملك رجل شيئا الا أن يشاء الا فى الميراث » [١٦] .

---

(١٣) انظر فى تفصيل ذلك حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٧٨ — ٦٨٠ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٧٠ ، ١٧١ — مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٧٠ ، وقد بين ابن القيم أن كل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر — اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٠٢ — انظر البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥١ — ٢٥٢ فتح العلى المالك جـ ١ ص ٢١٧ .

(١٤) غالبية الأحناف لا يجيزون ذلك — انظر حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٧٧ — ٨٠ ويرى المالكية والشافعية جواز ذلك — انظر حاشية الباجورى جـ ١ ص ٣٦١ ، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٣٦٨ ، فتح العلى المالك جـ ١ ص ٣٣٩ .

(١٥) نظرية الشرط فى العقد — د. حسن الشاذلى — النظرية العامة فى الشريعة الاسلامية — زكى الدين شعبان .

(١٦) الأم جـ ٣ ص ٢١٨ — ٢١٩ .

الا أن هنـــاك حالات أجازت فيها الشريعـــة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، اما لمصلحة فردية راجحة ، أو لمقتضيات المصلحة العامة .

(أ) الحالات التى أجازت فيهـــا الشريعـــة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، مراعاة لمصلحة فردية راجحة :

(١) الشفعة .
(٢) الحجر على المدين المفلس وبيع أمواله جبرا عنه وفاء لديونه .
(٣) اذا امتنع الراهن عن بيع الرهن .
(٤) الأشياء التى لا تنقسم ، أو فى قسمتها ضرر ، كالتلافها ، يجوز أن يجبر على البيع من رفضه ، اذا طلبه الشركاء معه ، الى غير ذلك من الصور المنثورة فى كتب الفقه [١٧] .

(ب) الحالات التى أجازت فيهـــا الشريعـــة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة :

(١) بيع الطعام المحتكر جبرا عن صاحبه ، عند الحاجة اليه .
(٢) الأرض المجاورة للمسجد اذا ضاق بالناس ، تؤخذ جبرا من صاحبها وكذا الأرض المجاورة للطريق العام ، اذا احتاج الناس اليها ، وكذا الأرض اللازمة لشق طريق ، أو مجرى ماء ، ونحو ذلك مما هو مبسوط فى كتب الفقه [١٨] .

* * *

ثانيا — ضوابط انتقال الملك لمـــا بعد وفاة المـــالك وبعدها :

لقد وضعت الشريعة نظاما دقيقا وعادلا لانتقال الملك لمـــا بعـــد وفاة المـــالك وبعدها وهو ذو شقين :

---

(١٧) انظر قواعد ابن رجب ص ١٤٧ — ١٥٠ ، الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٨٠ .

(١٨) انظر البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٧٦ (م ٧ — الضوابط الفقهية) .

الأول : يتمثل فى حق المـالك فى التصرف فى ماله تصرفا مضافا الى ما بعـد الموت عن طريق الوصية ، ولكن هـذا التصرف عن طريق الوصية ليس طليقا من كل قيد ، بل هو مقيد بأمرين هامين هما :

(أ) أن يكون فى حدود الثلث • لحديث الرسول ﷺ « ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم »(١٩) •

(ب) لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة •

وهذا حديث لرسول الله ﷺ (٢٠) ، فاذا أجازها الورثة فقـد أسقطوا حقهم وزال المـانع •

وفى هذا خلاف واسع بين العلماء (٢١) ، ولكن الجمهور على ما جاء به الحديث المذكور •

الثانى : يتمثل فيما يثبت بالشرع فى تركة المورث من حقوق الميت نفسه فى ماله بعد وفاته ، من تكفينـه وتجهيزه ، وحقوق الدائنين ، وحقوق الورثة ، وحق بيت المـال عند عـدم وجـود وارث للميت ،

---

(١٩) انظر فى خلاف الفقهاء فيما اذا أوصى بأكثر من الثلث : المغنى ج ٦ ص ١٤٦ وما بعدها . المهذب ج ١ ص ٤٥٦ — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٢٧ — المحلى ج ١٠ ص ٤٢٥ — ٤٣٢ — شرح الزرقانى على الموطأ ج ٤ ص ٦٢ — ٦٣ .

وهذا الحديث أخرجه أحمد وابن ماجة والدارقطنى والبيهقى من طرق متعددة وبألفاظ متقاربة عن معاذ بن جبل وأبى هريرة — سبل السلام ج ٣ ص ١٤٥ المطبعة المنيرية — نيل الأوطار ج ٨ ص ٤٣ — ٤٤ ، سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٩٠٤ — وسنن البيهقى ج ٦ ص ٢٦٩ •

(٢٠) أخرجه الدارقطنى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأخرجه عن ابن عباس بلفظ « لا يجوز لوارث وصية الا ان يشاء الورثة » وحسنه ابن حجر بهذه الرواية — وأخرجه البيهقى براويتين عن الدارقطنى سنن الدارقطنى ج ٤ ص ١٥٢ — سنن البيهقى ج ٦ ص ٢٦٣ وما بعدها — نيل الأوطار ج ٨ ص ٤٦ •

(٢١) انظر المغنى ج ٦ ص ١٤١ — المهذب ج ١ ص ٤٥٨ — المحلى ج ١٠ ص ٤٢٥ — فتاوى الشيخ عليش ج ٢ ص ١٨٣ — المبسوط ج ٢٧ ص ١٤٢ وما بعدها •

وما يتعلق بكل ذلك من تصفية تركة الميت ، على تفصيل فى كل مسألة من هذه المسائل مبسوط فى كتب الفقه[٢٢] .

* * *

● **الفرع الثالث — عدم الاضرار بالغير عند استعمال الملك والتصرف فيـــه :**

من المحـــال أن يشرع الله سبحانه وتعالى لعبـــاده من الحقوق ما يضرهم لقوله تعالى :

« **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** » (البقرة : ١٨٥)

ولقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[٢٣] .

فكل ما جاءت به الشريعة من حقوق وأحكام مقيد بعدم الضرر ، ومن ثم فلا يسوغ أن تتخذ الحقوق وسيلة للاضرار بالناس .

فللمالك أن ينتفع بملكـــه ، ويتصرف فيه ، بمـــا لا يضر بغيره أو حتى نفســـه من نحو سفه وتبذير اذ يحجر عليه فى هذه الحـــالة .

وما يترتب على استعمال المالك لحقه من الضرر بغيره ، قد يكون ضررا مقصودا أراده المالك من استعماله لحقه ، وقد يكون غير مقصود ، ثم ان الضرر قد يكون كثيرا فاحشا ، وقد يكون قليلا نادرا ، وأنه قد يكون ضررا محقق الوقوع ، وقد لا يكون كذلك ، ولكن يغلب على الظن وقوعه ، وقد لا يغلب على الظن وقوعه ، فاذا كان الضرر مقصودا دون أن يكون للمالك من مصلحة يبتغيها من استعمال حقه ، فانتفاء المصلحة يعتبر قرينة على قصد الاضرار ، ويجب عليه الكف عن هذا الاستعمال بل ويعد معتديا باقدامه على الاضرار بغيره باستعماله حقه ، وكذلك

---

(٢٢) انظر احكام التركات والمواريث : محمد ابو زهرة — احكام المواريث : عيسوى احمـــد عيسوى — المواريث فى الشريعة الاسلامية : حسنين مخلوف .

(٢٣) انظر فى تفصيل اقوال الفقهاء فى معنى هذا الحديث ، رسالتنا نظرية تحمل التبعة فى الشريعة والقانون .

الحكم ، اذا صاحب ذلك القصد تحصيل منفعة أو مصلحة ، ولكن كان بامكان المالك أن يحقق منفعته بطريق آخر لا ضرر فيه بغيره[٢٤] .

أما اذا انتفى قصد الاضرار ، وكان للمالك فى استعمال حقه منفعة ومصلحة ، ولا يتم له تحصيلها الا بضرر يقع لغيره ، فان من الفقهاء من يرى أن الضرر الذى يقع بغيره اذا كان عظيما فاحشا ، وليس نادر الوقوع ، قدم على حق المالك فى استعماله لحقه ، اعمالا لقاعدة « يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد » ، كالطعام اذا منعه صاحبه لحاجته اليه بحسب العادة ، بينما يطلبه غيره دفعا للهلاك .

ويرى البعض أن العبرة بالضرر اذا كان فاحشا بقطع النظر عن نية المـــالك أقصد الاضرار أم لم يقصد[٢٥] .

واذا كان الضرر الذى يلحق الغير من استعمال المـــالك لحقه ، لا يتناسب مع ما يعود على المـــالك من نفع ، أو لا يتناسب مع الضرر الذى يلحقه ، فيما لو منع من استعمال حقه ، بمعنى أن الضرر الحاصل لغيره كان أكثر ، فان المـــالك يمنع من استعمال حقه[٢٦] .

واذا تساوت الأضرار فللمالك استعمال حقه ، لرجحان كفته ، لكونه مالكا أو كان الضرر نادر الوقوع ، أو تافها قليلا ، فلا يترتب عليه تقييد حق المـــالك فى استعماله لحقه[٢٧] .

---

(٢٤) انظر الشيخ على الخفيف — المرجع السابق ص ١٠٢ — الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعـــدها — نظرية التعسف فى اســـتعمال الحق لفتحى الدرينى .

(٢٥) وهو مذهب متأخرو الحنفيـــة ورواية عن أبى يوسف وبعض الشافعية . انظر تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ — فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ — المبسوط ج ١٥ ص ٢١ و ٢٢ — البدائع ج ٦ ص ٢٦٤ — المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٨٨ — المحلى ج ٩ ص ١٠٦ — نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٢٦) وهو مذهب مالك وأحمد فى الرواية المشهورة وبعض الشافعية . انظر تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٥٨ ، ٣٧٦ — المغنى ج ٤ ص ٣٨٨ — نظرية الضمان د. وهبة الزحيلى ص ٢٣ ، ٢٥ .

(٢٧) انظر قيود استعمال الحق أو معايير اساءة اســـتعمال الحق أو المضار المترتبة على استعمال الحق — نظرية التعسف فى استعمال الحق=

واذا كان المـــالك مقيدا بعدم الاضرار بالغير من الأشخاص ، فانه من باب أولى يكون استعماله مقيداً بعدم الاضرار بالمجتمع ، اذ المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، والضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ، وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع ، مبنية على المقاصد الشرعية فى مصـــالح العبـــاد استخرجها المجتهـــدون من الاجمـــاع ومعقول النصوص (٢٨) .

والضرر العام كتلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، والامتناع عن بيع داره ، أو فدانه ، وقد اضطر الناس لمسجد جامع أو غيره فيمنع .

* * *

= د. فتحى الدرينى — الملكية — على الخفيف ج ١ بحوث أسبوع الفقـــه الاسلامى — دمشق سنة ١٣٨٠ هـ (١٩٦١) م .

(٢٨) انظر قواعد العز بن عبد السلام ج ٢ ص ٨٩ — الطرق الحكمية ص ٢٨٤ ، وما بعدها — الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ — شرح المجلة للأتاسى ج ١ ص ٦٦ .

المبحث الثانى

ضوابط تتعلق بملك الغير وحقوقه

المطلب الأول : حقوق الارتفاق

● **معنـــاها :**

مما تتقيد به ملكية العقار ، أن يتقرر عليه حق لمنفعة عقار آخر ، دون نظر الى شخص مالكه .

وعلى ذلك فحق الارتفاق هو :

حق مقرر على عقار « مرتفق به » ، لمنفعة عقار آخر « مرتفق » ، مملوك لشخص آخر ، غير مالك العقار المرتفق به [1] .

كحق الشرب والمجرى والمرور والمسيل .

* * *

● **أوجه الاختلاف بين هذا النوع من المنفعة وحق الانتفاع الذى يثبت للأشخاص [2] :**

١ — ان حق الارتفاق يكون مقررا لعقار ، بخلاف حق الانتفاع فانه مقرر لشخص .

٢ — حق الارتفاق يكون دائما متعلقا بعقار ، بخلاف حق الانتفاع ، فقد يتعلق بعقار أو بمنقول ، كما فى كتاب ونحوه .

٣ — حق الارتفاق لازم ، بالنسبة لمـــالك العقار المرتفق به ، فلا يملك انهاءه أو ابطاله ، بخلاف حق الانتفاع ، قد يكون غير لازم ، فيملك المـــالك للعقار المتعلق به ابطاله ، كما فى حالة مستعير الأرض .

---

(١) انظر م ٣٧ من مرشد الحيران .

(٢) انظر فى هذه المسألة الشيخ على الخفيف — المرجع الســـابق ص ١٢١ — وما بعدها .

٤ — حق الارتفاق بالنسبة لمالك العقار المرتفق به حق سلبى ، لا يتطلب منه الا عدم التعرض لصاحبه فى انتفاعه ، بخلاف حق الانتفاع ، فقد يلزم فيه الشخص بعمل ، أو الامتناع عن عمل ، كتسليم الشىء المعار ، أو الامتناع عن معارضة الموصى له بمنفعة الأرض الموصى بها فى الانتفاع بها .

٥ — حق الارتفاق يرى الحنفيه أنه حق دائم بدوام ما يتعلق به ، فلا يزول بتغير المالك ، ولا ينتهى بوفاته ، ويرى بعض المالكية أنه يقبل التوقيت .

* * *

● **طبيعة حقوق الارتفاق :**

اختلف الفقهاء فى ذلك الى فريقين :

(أ) فريق [٣] يرى أنها ليست أموالا فى ذاتها ، لعدم امكان حيازتها ، ومن ثم لا يجوز بيعها أو هبتها استقلالا ، ولكن يجوز بيعها تبعا للأموال التى تتعلق بها [٤] .

الا أن الحنفية اعتبروا هذه الحقوق حقوقا مالية [٥] ، اذ الحق يعتبر عندهم كذلك ، اذا تعلق بالمال ، بأن كان خادما للمال ، أو قائما به مثل حق الشرب ، والمرور ، والمسيل ، والتعلى ، أو موثقا له ، كما فى حق الارتهان ، أو اذا تعلق الحق بمحض الارادة والاختيار ، ولم يتعلق بالمال كحق الشفعة وحق الولاية [٦] .

---

(٣) الحنفية والزيدية — انظر حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٢ — فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٤ — البدائع جـ ٥ ص ١٤٠ — التاج المذهب جـ ٤ ص ١٦٤ .

(٤) انظر البدائع جـ ٦ ص ١٨٩ وما بعدها — حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٧٨ ، وما بعدها .

(٥) انظر البدائع جـ ٦ ص ١٩٠ .

(٦) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ٥٧ — ٥٩ .

(ب) وذهب جمهور الفقهاء [٧] الى اعتبارها أموالا ، لذلك جاز عندهم بيعها وهبتها .

* * *

● **أسباب ثبوت حقوق الارتفاق :**

١ — أن يتعلق حق الارتفاق بمرتفق عام :

كالطرق العامة والأنهار الكبيرة ، والمصارف العامة ، ومنشأ حق الارتفاق فى هذه الحالة ، هو الشركة العامة فى هذه المرافق .

٢ — الالزام بها شرعا :

مثل ما حدث عندما أمر عمر بن الخطاب الضحاك بن خليفة أن يمر بالقناة من العريض الى أرضه عبر أرض محمد بن سلمان لثبوت ذلك الحق شرعا [٨] .

٣ — قد ينشأ حق الارتفـــاق نتيجة لوضع العقـــارين بحسب الطبيعة :

بأن يكون أحد العقارين أعلى من الآخر فيسيل ماء الأول الى الثانى كمياه الأمطار ومياه الارتشاح ، ففى هذه الحالة الأخيرة يثبت حق الصرف على العقار المنخفض بحكم الطبيعة .

٤ — اشتراطها فى عقد معاوضة :

وهنا خلاف بين الفقهاء ، فذهب غالبية الأحناف الى عدم جواز انشاء حقوق ارتفاق بعقود مستقلة ولكن يجوز أن تنشأ هذه الحقوق تبعا لاشتراطها فى عقود المعاوضة [٩] .

---

(٧) المـــالكية والشافعية والحنابلة — انظر نهاية المحتـــاج وحاشية الشبراملسى عليه ج ٣ ص ٣٧٢ ، ٣٩٨ ، ج ٤ ص ٧ الشيخ على الخفيف — المرجع السابق ص ٨٠ .

(٨) المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ١٥ .

(٩) يرى بعض الأحناف جواز انشائها على وجه الاستقلال — انظر حاشـــية ابن عابـــدين ج ٥ ص ٧٧ — ٨٠ شرح المجـــلة للأتاسى ج ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

ويذهب المــالكية والشافعية الى أن هذه الحقوق يمكن أن تنشأ بعقود المعاوضات استقلالا ، فهؤلاء الفقهاء يعتبرون المنافع أموالا كما سبق بيانه •

٥ — الاذن من مالك العقــار المرتفق به اذا كان مملوكا ملكــا خاصــا [١٠] •

٦ — القدم عند الجهل بسبب الحق :

والقاعدة أن القديم يبقى على قدمه ، لظهور أنه كان بناء على سبب صحيح ، وذلك ما لم يثبت بطلان السبب الذى قام عليه حق الارتفاق فيحكم ببطلانه ويزال •

والقدم هنا ليس هو المنشىء للحق ، ولكن اعتباره قرينة على الرضا بالحق ، وتبرعا به واقرارا به [١١] ، وتقدير مدة القدم مختلف فيها فقيل أربعة أعوام وقيل أكثر •

* * *

● **هل حقوق الارتفاق محصورة فى عدد معين أم لا ؟**

ذهب غالبية الأحناف [١٢] الى أنها محصورة فلا يجوز للمتعاقدين استحداث حقوق جديدة وهى عندهم :

(١) حق الشرب • (٢) حق المـــرور •
(٣) حق المجرى • (٤) حق المسيل •
(٥) حق التعلى •
ويلحق بها حقوق الجوار •

وذهب المــالكية والشافعية الى أنها ليست محصورة فى عدد معين ، ويجوز الاتفاق على اثبات حقوق جديدة ، ويرى الشيخ على الخفيف

---

(١٠) انظر محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٨٦ .

(١١) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٢٥ .

(١٢) مصادر الحق — السنهورى ج ١ ص ٣٤ ، ٦٤ ، ٦٥ — بحث المنافع فى مجلة القانون والاقتصاد للشيخ على الخفيف السنة العشرون ص ٢٣ — ٢٨ •

معهم أن حقوق الارتفاق ليست بمحصورة ، اذ أنها كثيرة وتختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها ، وما يراد منها ، فمنها ما يتعلق بالمياه فى استعمالها وصرفها ، ومنها ما يتعلق بالمبانى وتحسينها ، وتوفير الشمس والهواء لها ونحو ذلك [١٣] .

وسنقتصر على أهم حقوق الارتفاق وهى :

١ — حق الشرب . ٢ — حق المسيل .

٣ — حق المرور .

أولا — حق الشرب :

معناه : يطلقه الفقهاء على النصيب من الماء ، ويطلقونه أيضا على زمن الشرب ، سقيا للزرع والشجر ، ويلحق بحق الشرب ، حق الشفه وهو خاص بشرب الدواب والانسان ومنفعته .

● **أقسام المياه بالنسبة لحق الشرب وحق الشفه :**

١ — ماء الأنهار الكبيرة العامة وما تفرع عنها :

وهذه المياه ليست مملوكة لأحد ، ومن ثم فهى على أصل الاباحة ، ويكون لكل انسان أن ينتفع بها ، ويسقى زرعه وشجره وحيوانه ، سواء بشق جداول منها أو بفتح كوى ومنافذ فى حوافها أو بنصب آلات رافعة عليها ، كل ذلك بشرط عدم الاضرار بعامة الناس ، لشركة الناس فيها شركة اباحة لا ملك ، أما ما يحرز من هذا الماء ، كان ملكا لمحرزه ، ولا ينتفع به الا باذنه ، كالماء فى مجراه الخاص به .

٢ — ماء المجرى والبئر فى أرض مملوكة ملكا خاصا :

وذلك مثل الترع والنهيرات التى يحدثها شخص فى ملكه ، أو فى أرض موات له حق احيائها ، أو ينفجر ماؤها فى أرض مملوكة .

والماء فى هذه الحالة غير محرز ، وغير مملوك لصاحب الأرض ، وان كان يجرى فى أرض مملوكة له وذلك لما يأتى :

---

(١٣) انظر الملكية ص ١٢٥ للخفيف .

(أ) أن هذه المجارى والينابيع لم تتخذ فى العادة وسيلة لحيازة هـذا المـاء •

(ب) أن المـاء فى هذه الحالة يجرى متتابعا وباستمرار مع تنوعه ورشحه على الدوام ، الى درجة تحول دون حيازته ، ومن ثم لا يعد محوزا بملكية الأرض التى يجرى فيها •

(جـ) أن الحاجة الى هذا المـاء متجددة ومستمرة وليس فى الأخذ منه ضرر بأصحاب الأرض ، وخالف المـالكية فى ذلك ، واعتبروا أن ماء هذه الأماكن مملوك لمـالكها لحيازته اياه بواسطتها (١٤) •

● حكم هـذا المـاء :

يختلف حكم هذا المـاء بالنسبة لحق الشرب عنـه بالنسبة لحق الشـفه •

(أ) حق الشرب : يرى الحنفية أن حق الشرب يثبت فى هذا الماء ، لأن المـاء فى هذه الحالة غير مملوك لمالك الأرض ، بـل شركة بـين الناس (١٥) •

ويرى المـالكية أن المـاء مملوك لصاحب الأرض يرسله متى شاء ويمنعه متى شاء لأنه أحق به (١٦) •

وعند الحنابلة أن المـاء اذا سيق من نهر غير مملوك الى مجرى مملوك ، كان ملكا لمـالك المجرى ، أما اذا انفجر المـاء فى أرض مملوكة بسبب حفر فلا يكون مملوكا لمالك الأرض لحديث : « الناس شركاء فى ثلاثة » ، ولكن يكون أحق به من غيره ، فيأخذ منه حاجته أولا فاذا فضل منه شىء لم يمنعه عن طالبه (١٧) •

---

(١٤) انظر الشيخ الخفيف — الملكية ص ١٢٨ — محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٨٨ .

(١٥) انظر محمد ابو زهرة — المرجع السابق ص ٩١ .

(١٦) انظر على الخفيف المرجع السابق ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

(١٧) نفس المرجع السابق والصفحة .

ويعلل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة عدم ثبوت حق الشرب فى هـذا المـاء ألا يقدم غير معروف أو باذن خاص من المـالك بأن الشرب ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففى اباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، واحتمال ابطال حق صاحب الأرض الذى أجرى المـاء فى ملكه الخاص ، اذ أن ملكيته للأرض التى يجرى فيها المـاء أوجد له امتيازا بذلك الملك الذى قدمه (١٨) .

(ب) حق الشفه : وبالنسبة لحق الشفه فى هذا المـاء فانه يثبت لكل انسان ولا يخص شخصا دون آخر ، لشربهم وشرب دوابهم ، بشرط عدم الاضرار ، لأن حق الشفه انمـا ثبت للضرورة ، واذا ما قامت الضرورة فليس لصاحب الأرض التى فيها المـاء أن يمنعهم عنه ، ليأخذوا منه ما يدفع الهلاك عنهم والا كان لهم فى اضطرارهم الى المـاء أن يقاتلوه بالسلاح .

أما اذا كانت الشفه تأتى على كل المـاء فقد اختلف الفقهاء ، فقال بعضهم ليس لصاحب الأرض المنع لأن المـاء غير مملوك له ، وقال بعضهم أنه له المنع لأن حقه أولى بالرعاية لأن المـاء يجرى فى ملكه .

٣ — المـاء المحرز والمحوز :

وهو ما يكون فى الأوانى والصهاريج الخاصة ويدخل فى ملك صاحبه بالاستيلاء عليه وبحيازته ، ولكن ما زالت شبهة الشركة الطبيعية بالاباحة عالقة به . واذا خاف شخص على نفسه الهلاك وليس معه ماء وسأل صاحب المـاء المحرز فمنعه وكان عنده ما يفضل عن حاجته ليس له أن يقاتله بالسلاح ولكن له بغير قتال مغالبته ومجاهدته مراعاة لحرمـة الملك ، أما اذا كان صاحب المـاء ليس عنده ما يزيد عن حاجته فلا يجوز مقاتلته لأنه أولى بالمـاء باعتباره يملكه .

● حق المجرى :

يتبع حق الشرب حق المجرى ، فهو حق أجراء المـاء المستحق شربا ، وامراره فى أرض الى أخرى مملوكة لشخص آخر .

---

(١٨) المرجع نفسه ص ٨٩ .

وهذا المجرى قد يكون ملك صاحب العقار المرتفق أى الأرض التى تسقى منه ، وان كان يخترق أرض غيره ، وقد يكون ملك صاحب الأرض التى اخترقها وقد يكون ملكا مشتركا لأصحاب الأرض التى تحيط به .

وليس لصاحب الأرض التى يخترقها المجرى أن يمنع صاحب حق الشرب أو صاحب حق المجرى من امرار المـاء فيه وليس له أن ينقل المجرى من مكانه في الأرض الى مكان آخر منها الا برضاء أصحاب الحق فى المجرى (١٩) .

ولصاحب الأرض التى يمر فيها المجرى أن يطالب أصحاب الحق فيه بازالة الضرر الذى يصيبه منه ومن ثم كان لصاحب الحق فى المجرى حق المرور على حافته لاصلاحه كما أن الأرض التى يمر بها المجرى يثبت لها حق الشرب على المجرى أو حق الصرف بعد استيفاء صاحب المجرى حقـه منهـا .

* * *

ثانيا — حق المسيل :

هو حق صرف المـاء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح من ملك الغير . ولا يسقط حق المسيل بتغيير صفة وحالة العقار الذى يمر فيه من أرض زراعية الى دراسة أو خربة الى عامرة . واصلاح الخلل فى المسيل على من لهم الحق فيه ، ومن ثم كان لهم حق دخول ملك غيرهم لهذا الغرض .

* * *

---

(١٩) وهذا النقل محل خلاف بين الفقهاء فيرى البعض جواز النقل طالمـا لم يحدث ضرر من ذلك ، وكان فيه منفعة وهو ما حدث فى قضية عبد الرحمن بن عوف ضد جد عمر بن يحيى المـازنى أمام عمر بن الخطاب الا أن مالك اشترط رضا أصحاب الحق وهو ما ذهب اليه أبو حنيفة وروى عن مالك جواز ذلك وان ابى صاحب الحق — انظر على الخفيف المرجـع السـابق ص ١٣١ .

ثالثا — حق المـــرور :

معناه : هو أن يكون للشخص بمفرده حق المرور فى ملك غيره أو معه دوابه ليصل الى ملكه ، سواء أكان الطرق مملوكا للغير أم مملوكا لصاحب حق المرور لكنه يخترق ملك غيره .

● **أنواع الطريق :** الطريق عام أو خاص ..

(أ) الطريق العام : هو ما كان غير مملوك لأحد .

ويثبت لكل انسان حق المرور فيه ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح أبوابا أو نوافذ انشاء أو اعادة .

أما انشاء مظلة أو بلكون أو يضع عروضا للتجارة فان كان ذلك لا يلحق الضرر بالمرور فيه فهو غير ممنوع ، أما ان كان يلحق ضررا بالمرور فيه منع من ذلك . وعند أبى حنيفة لكل واحد من الناس أن يمنعه من ذلك وأن يكلفه رفع ما وضعه سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن اذا وضع بغير اذن ولى الأمر ، فمن فعل من غير اذنه فى الطريق شيئا فقد افتات عليه ، ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه .

وعند أبى يوسف لكل واحد من الناس أن يمنعه قبل الوضع ، أما بعده فلا ، ولو وضع بغير اذن الامام ، لأن الوضع جعل له يدا خاصة على ما وضع عليه .

وعند محمد ليس لأحد من الناس منعه لا قبل الوضع ولا بعده ، أذن له ولى الأمر أم لم يأذن ، لأن العمل اذا كان لا ضرر فيه فهو مأذون فيه شرعا ، ومن ثم ليس لأحد منعه .

والراجح هو رأى أبى حنيفة لأن الامام هو صاحب الولاية فى تقدير حدوث الضرر من عدمه [٢٠] .

---

(٢٠) انظر محمد ابو زهرة — المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها — بدران أبو العينين المرجع السابق ص ٣٤٢ — الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٣٣ .

(ب) الطريق الخاص : هــو ما كان مملوكا لشخص أو لعــدة أشخاص •

ولأصحابه حق المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه انشــاء أو اعادة ، ما لم يضر ذلك بغيره •

ولا يجوز لأحد من الشركاء فيه بناء مظلة أو بلكون أو دكان الا باذن باقى شركائه •

وللعامة أن يمروا منه اذا ازدحم الطريق العام ، وكان الطريق الخاص نافذا الا اذا كان عليه باب منذ بدء انشائه يحول دون المرور فيه ، لا بعد فتحه ، فان وجود هذا الباب يمنع من ثبوت حق العامة فى المــرور •

وليس لأصحاب الطريق الخاص أن يتفقوا فيما بينهم على ســده أو ازالته مع ثبوت حق العامة فى المرور فيه على نحو ما تقدم •

***

المطلب الثانى : حقوق الجــوار

تقوم حقوق الجوار على منع الضرر بالجار ، ضررا بينا فاحشا [٢١] ، فى سبيل انتفاعه بملكه ، ومن ثم فهى تقييد لانتفاع المالك بعقــاره بقيد ألا يضر بجاره •

والفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار ، أن الأول ايجابى ، على نحو ما تقدم والثانى سلبى ، يتمثل فى منع الضرر بالجار ، والجــوار نوعان :

(أ) جوار رأسى وهو ما كان منشؤه الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفل ، وذلك بأن توجد دار[٢٢] متعددة الطبقــات ســفلها

(٢١) الضرر الفاحش هو مالا يحتمل عادة ، وينكره العرف ، ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية .

(٢٢) تطلق الدار على ما كان مسقوفا من البناء .

لمالك وعلوها لآخر وفى هذه الحالة ، يكون للعلو حق القرار على السـفل ، ويسمى حق القـرار بحق التعلى •

(ب) جوار جانبى وهو الناشىء عن ملاصقة الحدود •

● **الفرع الأول — الجوار الرأسى « حق التعلى » :**

ضـابطه :

الجوار الرأسى كما سبق تعريفه يتصور فى حالة ما اذا باع صاحب الدار العلوى منها فقط دون السفلى •

وعند الحنفية لا يثبت هذا الحق الا على علو قائم بناؤه على سفل ، ولا يثبت حق التعلى بدون بناء قائم على بناء آخر ، اذ لا يعد حق التعلى عندهم مالا •

وعند المـالكية والحنابلة يجوز بيع حق التعلى استقلالا كما يجوز تمليكه تبعا لتمليك البناء المستعلى [٢٣] ، ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذى هو ملك صاحب السفل •

* * *

● **الآثار المترتبة على ثبوت حق القرار :**

١ — اذا انهدم العلو أو هدمه صاحبه ، كان لصاحبه ولورثته من بعده تجديده دون اجبار من صاحب السفل •

واختلف فى حكم الزيادة على البناء الأصلى للعلو سواء أكان فى الارتفاع أو فى عدد الحجرات •

فقيل يجوز مطلقا ، وقيل لا يجوز مطلقا ، وقيل ان وافقت الزيـادة الرسم المعتاد ولم تضر جازت ، ولو بدون رضـاء صـاحب السفل ، والا فلا تجوز الا باذن صاحب السفل •

---

(٢٣) انظر كشاف القناع الجزء الثانى ص ١٩٧ •

٢ — أن ينهدم السفل بغير تعد من صاحبة ، أى بغير فعل صاحبه فلا يجبر على اعادته ، ويكون لصاحب العلو أن يعيد ما سقط من السفل باذن صاحبه أو باذن القاضى ، اذا ما رفض صاحب السفل ، وفى الحالتين يرجع بكل ما اتفق على صاحب السفل .

أما اذا بنى صاحب العلو بغير اذن ففى حكم ذلك اختلف الرأى الفقهى :

فذهب الحنفية الى أنه يعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئذان عذر والا فلا يعد متبرعا ، ويكون لصاحب العلو فى هذه الحالة أن يحبس السفل فى يده حتى يستوفى ما أنفق ، ولكن تحديد هذا الحق « ما أنفق » اختلف فيـــه :

فذهب بعض الحنفية الى أن قيمه السفل تتحدد وقت تسليمه الى صاحب السفل ، لأنه وقت التملك ، وهو الراجح ، وقيل وقت تمام البناء ، لأنه يستحق تملكه من هذا الوقت .

وذهب البعض الى أنه قيمة ما أنفق بالفعل على اعادة السفل من نفقات [٢٤] .

٣ — أما اذا انهدم السفل بفعل صاحبه ، فانه يجبر على اعادته ، لتعديه لزوال حق القرار الذى لصاحب العلو واذا أعاده صاحب العلو بغير اذن من صاحبه أو من القاضى عد متبرعا ، اذ أن عدوله عن الاجبـــار دليل على ارادة التبرع .

* * *

● الضابط فى تصرفات كل من صاحب العلو وصاحب السفل :

١ — التصرفات الضارة بأحدهما ضررا محققا ، ممنوعة على كل منهما والا ضمن .

---

(٢٤) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١١٦ — محمـــد أبو زهرة المرجع السابق ص ١١٦ اذ يرى أن الرجوع يكون بقيمة وقت تمام البناء .

٢ — التصرفات غير الضارة بأحدهما جائزة دون اعتراض .

٣ — التصرفات المحتملة للضرر من عـدمه ، فهى مشـكوك فى نتائجها ، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة فيه ، أو يبنى صاحب العلو غرفة أو يثقل على السفل ففى حكمها خلاف : فيرى البعض المنع وقيل بعدم المنع (٢٥) .

* * *

● **الفرع الثانى — الجار الجانبى « المطلق » :**

الأصل أن للمالك أن ينتفع بملكه ويتصرف فيه كيف شاء ما لم يضر بجاره ضررا بينا غير معتاد ولا خلاف فى ذلك بين الفقهاء ديانة .

لكن مرد الخلاف بينهم فى مدى التزام المـالك بذلك القيد فى الجوار الجانبى قضـاء .

(أ) فيرى أبو حنيفة ومتقدمو الحنفية والشـافعى ورواية عن أحمد (٢٦) أن المالك لا يتقيـد فى ملكه لأجـل مصلحـة جـاره ومن ثم فلا حق لجاره أن يقيد تصرفاته وهذا هو مقتضى القياس وما جاء فى ظاهر الرواية .

(ب) وذهب متأخرو الحنفية والمـالكية وأحمـد فى الرواية المشهورة (٢٧) الى وجوب تقييد الجار فى تصرفه وانتفاعه بملكه بمـا لا يضر بجاره ضررا بينا غير معتاد ، وحمله على ذلك بسلطان القضاء .

---

(٢٥) انظر التحفة شرح البهجة الجزء الثانى ص ٣١٥ .

(٢٦) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٤٣ وما بعدها — المبسوط للسرخسى جـ ١٥ ص ٣١ — نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٣٧ — الفتاوى الخانية جـ ٢ ، ٤ ، ٥ ص ٢٨٣ ، ٣٩٢ ، ٥١ .

(٢٧) وفى فتح القدير « ... عن أبى حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره فى داره ، فقال له : احفر فى دارك بجوار تلك البئر بالوعة — ففعل فنزت البئر الأولى فكبسها صاحبها فهو لم يفتة بمنع الحافر بل هـداه الى هذه الحيلة وليست الا من قبيل التصرف فى الملك جـ ٥ ص ٥٠٦ .

ومما يجب مراعاته أن الضرر من الأمور التى تختلف باختلاف الأشخاص والأمكنة والأزمنة ، فقد يكون الضرر فاحشا بالنسبة لبعض الأشخاص ولا يكون كذلك بالنسبة للآخرين ، وكذلك قد يكون فاحشا فى مكان أو زمان دون آخر .. ولذلك كان للعرف ، دورا فى تحديد الضرر ، ومتى يعتبر فاحشا فيمنع ، أو غير فاحش ويسير فلا يمنع .

* * *

المبحث الثالث

القيود الاستثنائية أو الطارئة

● **مدى سلطة الدولة فى تقييد حق الملكية :**

من وظائف الدولة فى الاسلام القيام على تطبيق شريعة الله وحراسة الدين ، من أجل تحقيق مصالح العباد الدنيوية والأخروية .

يقول الله تعالى :

« الذين ان مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » . (الحج : ٤١)

ويقول شيخ الاسلام ابن تيمية : « ان جميع الولايات فى الاسلام مقصودها أن يكون الدين كله لله وأن تكون كلمة الله هى العليا فان الله سبحانه وتعالى انما خلق الخلق لذلك وبه أنزل الكتب وبه أرسل الرسل وعليه جاهد الرسول والمؤمنون »[1] .

ومن ثم كان للدولة مراقبة المعاملات المالية ، والنهى عن الغش ، وتطفيف الكيل والميزان ، ومنع الصناعات المحرمة والعقود المحرمة كالربا والميسر ، وغيرها وتحقيق قواعد الاسلام فى عدم تركيز الثروة فى أيد فئة قليلة ، بينما يعيش الآخرون فى حاجة وعوز .

* * *

● **مدى سلطة الحاكم :**

ومن أهم مسئوليات الحاكم منع الظلم والتعدى ، واقامة العدل بين

---

(١) الحسبة ى الاسلام ص ٤ — انظر أيضا مقدمة ابن خلدون ص ١٥٠ ، الفصل الثالث من الكتاب الأول .

الناس تحقيقا لمصلحة الرعية ، فتصرف الحـاكم على الرعيـة منوط بالمصـلحة[٢] ، وطاعته فى غير معصية واجبة[٣] .

وقد أعطى الاسلام الحاكم سلطات واسعة فى الظروف الطارئة ، فعندما تعرضت المدينة لأمر طارىء بقدوم جماعة محتاجة اليها نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحى ، ولمـا غادرت هذه الجماعة المدينة أباح رسول الله ﷺ ادخارها وقال : « انما نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وادخروا وتصدقوا »[٤] .

وبذلك سن رسول الله ﷺ قاعدة أن للحاكم اتخاذ ما يراه محققا للمصلحة العامة ، اذا كان هناك مقتضى لذلك يتطلب التدخل فى أحوال النـاس .

وأسـاس ذلك ما قررته الشريعة من قواعد وما يهتدى اليه الحاكم باجتهاده بنفسه ، أو بمن هم أهل لذلك فى معرفة الحكم الشرعى ، فيما يجد من حوادث ، وظروف طارئة ، تستدعى تدخله فى تقييد الملكية فلا يأخذ مالا من مالكه الا بحق .

* * *

● **تقدير المصالح :**

ولم تترك الشريعة الغراء أمر تقدير المصالح للأهواء ، فقد بين الفقهاء الشروط التى يجب توافرها فى المصلحة ومن أهمها [٥] :

١ — أن تكون مصلحة قطعية ، لا تعارضها مصلحة أهم منهـا أو مثلهـا .

---

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٢١ ، ابن القيم : الطرق الحكمية ص ١٦ وما بعدها .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩ .

(٤) سنن أبى داوود جـ ٢ ص ٨٩ — ٩٠ نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٣ .

(٥) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٢٩٦ — ٢٩٧ — شفاء الغليل للغزالى ص ٢٠٧ وما بعدها .

٢ — أن تكون مصلحة عامة لا نادرة تتعلق بآحاد الناس .

٣ — أن تكون مصلحة ضرورية بها رفع الحرج لازم .

٤ — أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع ، فلا تصادم نصا أو دليلا من أدلته ، بل تكون من جنس المصالح التى جاءت الشريعة لتحقيقها ، وان لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار .

وقد عرف الامام الغزالى المصلحة بأنها :

« المحافظة على مقصود الشرع .. ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وأموالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه مصلحة .. ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والاجماع فكل مصلحة لا ترجع الى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والاجماع وكانت من المصالح القريبة التى لا تلائم تصرفات الشرع فهى باطلة ... »[٦] .

* * *

● **تقييد الملك :**

ومن الأصول الشرعية التى يستند اليها الحاكم فى تقييده للملك « لا ضرر ولا ضرار » وما تفرع عنه من قواعد فقهية منها :

(أ) الضرر يدفع بقدر الامكان .

(ب) الضرر يزال .

(جـ) الضرر الأشد يزال بالأخف .

(د) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

(هـ) درء المفاسد مقدم على جلب المنافع [٧] .

---

(٦) المستصفى جـ ١ ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٧) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام جـ ١ ص ٥٣ ، ٥٤ — اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ .

ومن الأسس التى يستند اليها الحاكم فى تقييده للملك أيضا قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » والضرورات تقدر بقدرها والاضطرار لا يبطل حق الغير ، فليس من الاضطرار اسقاط حق غير المضطر فى ضمان قيمة اتلاف ماله ، أو استعماله فى حالات الضرورة ، وقاعدة « الحاجة العامة تنزل منزل الضرورة » ، والحاجة العامة هى التى يترتب على عدم سدها مشقة وحرج ، أما الضرورة فهى ما يترتب على عدم الاستجابة لها الهلاك أو ما يقرب منه [٨] .

وتقدير الضرورة والحاجة يرجع فيه الى أصحاب الرأى والاجتهاد والعلم بمصالح الأمة لقوله تعالى :

« ولو ردوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » (النساء : ٨٣)

* * *

تم بحمد الله — اللهم انى أعوذ بك من علم لا ينفع ، وأستغفرك مما يكون قد جانبنى فيه الصواب .

* * *

---

(٨) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٤ — قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٨٨ .

محتويات الكتاب

الصفحة

الفصل الخامس : قيود الملكية وضوابطها
(١٢٣ — ١٥٥)

رقم الايداع بدار الكتب المصرية ٨٥/١٦٨٧
الترقيم الدولى ٩٧٧/٣٠٧—٠٤٧—٦

دار التوفيق النموذجية
للطباعة والجمع الآلى
الأزهر: ٣ حيضان الموصلى
بجوار جامع الدعاء